La influencia de León Duguit
en la reforma social de 1936 en Colombia

Ana Carolina Mercado Gazabón



Colección Textos de Jurisprudencia

Serie maestría



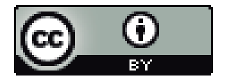


La influencia de León Duguit en la reforma social de 1936 en Colombia

el sistema jurídico, la función social de la propiedad y la teoría de los servicios públicos

Ana Carolina Mercado Gazabón

MERCADO GAZABÓN, A.C. *La influencia de León Duguit en la reforma social de 1936 en Colombia*: el sistema jurídico, la función social de la propiedad y la teoría de los servicios públicos [online]. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2015, 78 p. Textos de Jurisprudencia collection, Maestría serie. ISBN: 978-958-738-638-7. https://doi.org/10.7476/9789587386387.




Universidad del
Rosario

La influencia de León Duguit en la reforma social de 1936 en Colombia

Mercado Gazabón, Ana Carolina

La influencia de León Duguit en la reforma social de 1936 en Colombia: el sistema jurídico, la función social de la propiedad y la teoría de los servicios públicos / Ana Carolina Mercado Gazabón. – Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2015.

xiv, 80 páginas. – (Colección Textos de Jurisprudencia, Serie Maestría)

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 978-958-738-637-0 (impreso)
ISBN: 978-958-738-638-7 (digital)

Duguit, Léon, 1859-1928 – Pensamiento jurídico / Colombia – Historia constitucional – 1936 / Derecho constitucional – Colombia / Individualismo / Propiedad privada / Servicios públicos / I. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia / II. Título / III. Serie.

342.861 SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

jda Marzo 4 de 2015

Hecho el depósito legal que marca el Decreto 460 de 1995

La influencia de León Duguit en la reforma social de 1936 en Colombia

El sistema jurídico, la función social de la propiedad y la teoría de los servicios públicos

Ana Carolina Mercado Gazabón



Colección Textos de Jurisprudencia, Serie Maestría

Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 Nº 12B-41, oficina 501 • Teléfono 297 02 00
editorial.urosario.edu.co

Primera edición: Bogotá D.C., agosto de 2015

ISBN: 978-958-738-637-0 (impreso)
ISBN: 978-958-738-638-7 (digital)

Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Claudia Ríos
Diseño de cubierta: Miguel Ramírez, Kilka DG
Diagramación: Martha Echeverry
Impresión: Xpress. Estudio Gráfico y Digital S.A.

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Fecha de evaluación: 05 de agosto de 2014
Fecha de aceptación: 15 de enero de 2015

Contenido

Prólogo

Me honra profundamente la Dra. Ana Carolina Mercado Gazabón con la petición de que le prologara su excelente tesis sobre León Duguit y la reforma constitucional de 1936. Con la autora de este trabajo me une una amistad de más de un década, la conocí cuando trabajaba en la Procuraduría General de la Nación, dentro del despacho para asuntos constitucionales.

Debo decir que la Dra. Mercado se formó en la Universidad Externado de Colombia, en donde bajo la batuta del profesor Carlos Restrepo Piedrahíta realizó importantísimos hallazgos en materia de historia del control de constitucionalidad en el siglo XIX colombiano.

En la Universidad del Rosario cursó su Maestría en Derecho Administrativo, con muy buenas calificaciones, pero demoró un poco la realización de su tesis de grado. Este retardo no fue causado por ninguna circunstancia imputable a ella, sino por la muy humana situación de la maternidad.

Una vez graduada en la escuela de padres, prosiguió con su trabajo de investigación, culminándolo con creces y obteniendo la máxima calificación, a la que se sumó su premio con la publicación. Yo dirigí este trabajo con mucho gusto, y me constan los esfuerzos para su escritura y para su magistral sustentación.

De este escrito resalto que desempolvó al que en mi criterio es el mejor jurista francés de derecho público en toda su historia, el profesor León Duguit. Este es el padre de la escuela del solidarismo social, centro de pensamiento que sin lugar a dudas podemos catalogar como de izquierda o, si se quiere, como una expresión de la socialdemocracia.

Este ilustre pensador tenía afianzadas unas ideas muy particulares, varias de las cuales en Colombia no se han estudiado. Esto debido a que en nuestro país ha primado una interpretación muy conservadora de este intelectual bordelés.

Dentro de los planteamientos de Duguit que no han sido tenidos en cuenta por nuestra doctrina de derecho público remarco el de la negación

de la soberanía nacional y el de la federalización municipal. Obviamente, el primero fue echado al trastero porque desde 1886 y hasta 1991 Colombia se consideró una sola nación, fundamentada en la religión católica. Nada más lejano de la realidad, pues somos una suma de naciones, circunstancia que se ha demostrado históricamente, y que se puede corroborar leyendo los libros del gran historiador cartagenero Alfonso Múnera Cavadía. Y adicionalmente hemos conseguido afianzar los pilares de un pluralismo religioso y de un precario Estado laico. Mal podría entonces haberse seguido a Duguit, pues atentaría contra el sacrosanto pensamiento conservador colombiano.

Concerniente al segundo punto, el de la federalización de municipios, sucede algo muy parecido, pues esa corriente unanimista que desde 1886 ha olvidado que somos un país de naciones y que no podemos ser regidos por un centralismo a dos mil setecientos metros más cerca de las estrellas.

Si la reforma constitucional de 1936 hubiera acogido esa idea de Duguit, otra hubiera sido nuestra historia político-constitucional, pues probablemente hubiera resultado más complicado implantar el modelo neoliberal en 1991, ya que nuestros principales entes territoriales se hubieran opuesto con todas sus fuerzas a que en la Asamblea Constituyente se les cercenaran estas competencias.

Por ello el trabajo de la Dra. Mercado tiene un interés remarcable, ya que nos muestra cuáles ideas de Duguit llegaron al país en 1936 y cómo fue su acogida. Mirando que probablemente esta enmienda fue expresión de un tibio liberalismo y no de lo que en verdad necesitaba el país.

Invito a la autora a que nos muestre más sobre este pensador, y a que en su prometedora carrera académica pueda llegar a evidenciarnos la supervivencia del pensamiento del solidarismo social en 1968 o en 1991.

Bogotá, julio de 2015

Miguel Malagón Pinzón
Profesor asociado
Universidad de Los Andes

Introducción

El interés por la historia constitucional colombiana motivó la elaboración de este trabajo y, en concreto, se escogió el estudio de la reforma constitucional de 1936 por ser la de mayor atractivo ideológico en el siglo xx, aquella "con la cual puede afirmarse que Colombia ingresó con paso firme a la era de la modernidad".[1]

Para el primer tercio del siglo pasado, al igual que sucedía en Norteamérica y los países europeos que encauzaban nuestra tradición jurídica, las tesis individualistas sobre el modelo de Estado y el derecho habían envejecido y se planteaban nuevas interpretaciones, en Colombia el francés León Duguit (1859 – 1928) secundaría en ese proceso. Entonces, el objetivo de esta investigación es el de mostrar que existe una sólida influencia de la corriente doctrinal de León Duguit, en la enmienda colombiana de 1936 y no que se trata de un influjo meramente enunciativo.

Los trabajos doctrinales referidos a la reforma del 36 tienden a mencionar que las teorías de Duguit ideológicamente la sustentaron en alguna proporción, sin embargo, son escasas las reflexiones que concretan tal afirmación más allá de la noción de función social de la propiedad. En este escrito se abordarán otros tópicos como la implementación de un sistema jurídico y una nueva teoría de los servicios públicos, sin omitir al dominio función social, pues los tres aspectos forman una sucesión de ideas en la teoría del profesor francés.

Ahora bien, no se pretende con este trabajo tomar partido en la discusión sobre el impacto de la doctrina francesa, española o anglosajona en el derecho administrativo colombiano, debate de proporciones intelectuales ambiciosas,[2] el propósito es mucho más modesto y se enfoca hacia un solo autor, León Duguit.

---

[1] Hinestrosa, Fernando. 60 años de la reforma constitucional de 1936. En: Revista Derecho del Estado, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, nº 1, p. 5.

[2] Resultan interesantes las conclusiones a las que sobre el particular arriban Miguel Malagón Pinzón y Julio Gaitán Bohórquez en un artículo titulado *Colonialismo cultural francés y la creación del*

Se debe advertir, además, que no se parte de la premisa que el texto de la reforma del 36 y sus alcances se deban exclusivamente a los postulados solidaristas de Duguit; el cambio social del momento era también incitado por el modelo del New Deal norteamericano, la Alemania socialdemócrata, la España republicana y las ideas del economista inglés John Maynard Keynes,[3]

Consejo de Estado en el derecho administrativo colombiano, leámoslos: La doctrina colombiana del derecho administrativo de comienzos del xx no se basó únicamente en autores franceses como se ha sostenido insistentemente en la historiografía administrativista más consultada, pero poco contrastada. En efecto, encontramos en primer lugar la recopilación de leyes y disposiciones administrativas del año 1901, en donde se mencionan autores de la talla de Colmeiro, Abella, Santamaría de Paredes, Cuesta Martín y Adolfo Posada. Estos doctrinantes son utilizados para definir el derecho administrativo y para entender la moderna teoría de la administración. Situación que es muy importante, pues este texto fue el primero que se publicó en Colombia en el siglo xx y con él podemos comprobar que al país no llegaban única y exclusivamente libros y autores franceses. Malagón Pinzón, Miguel y Gaitán Bohórquez, Julio. Colonialismo cultural francés y la creación del Consejo de Estado en el derecho administrativo colombiano. En: Vniversitas. Bogotá: enero – junio, 2008, nº 115, p. 174.

[3] Los postulados de Keynes eran conocidos en Colombia por varias razones: de una parte, se sabe que el presidente Alfonso López Pumarejo sostuvo, durante su estancia en Londres, en los primeros años del siglo xx, encuentros con el economista inglés, así lo narra Pedro Acosta Borrero, de acuerdo a información suministrada por Alfonso Palacio Rudas, estrecho colaborador de López Pumarejo: "Keynes, el joven teórico británico, y López, el joven financista colombiano, habían trabado una relación de hombre de negocios a consejero, pero es indudable que sus diálogos debieron girar alrededor de las tesis y los análisis descarnados que le servirían a aquel para estructurar, a la vuelta de algunos años, varios libros esenciales". Acosta Borrero, Pedro. López Pumarejo. En marcha hacia su revolución. Bogotá: Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2003, p.95. De otra parte se tiene que la obra de Keynes tuvo difusión en Colombia gracias al esfuerzo de otro López, el liberal antioqueño Alejandro López I. C. (1876 – 1940), una de las personalidades más importantes en el plano intelectual y político de nuestro país en la primera mitad del siglo xx. López (Alejandro) vivió varios años en el exterior, en especial en Inglaterra donde también conoció personalmente a John Maynard Keynes y la obra de este *The end of laissez faire* que marcó su visión económica y política y que quedó contenida en su libro *Idearium liberal* (publicado en 1931), texto que no es más que su propuesta de programa de acción del partido liberal colombiano, que claramente se basa en el intervencionismo de Estado y que se materializó en el programa oficial del partido liberal colombiano del año 1935. Sobre la vida y actividad teórica de Alejandro López I. C. pueden revisarse los libros *Técnica y utopía, Biografía intelectual y política de Alejandro López, 1876 – 1940*, de Alberto Mayor Mora, editado por la Universidad Eafit, 2007, el texto *Origen, programas y tesis del liberalismo* de Otto Morales Benítez, editado por la Biblioteca del Liberalismo y el Tomo II de *Las ideas liberales en Colombia, 1915 – 1934*, de autoría de Gerardo Molina. Igualmente, merecen exaltación los profusos artículos de prensa publicados en los diarios liberales colombianos que adulaban la prestancia intelectual y la obra de López una vez esta última fue divulgada en 1931, véase, por ejemplo, el artículo titulado *Un programa de ideas y de acción para el liberalismo colombiano*, publicado en Bogotá, en El Tiempo, el 7 de abril de 1931 o el titulado *Estudios colombianos*, publicado en El Espectador también en abril de ese año 31. También resulta relevante la carta suscrita por Gerardo Molina y otros dirigida al Comité Liberal Universitario en la que piden postular al doctor Alejandro López I. C. a la Cámara de Representantes. La carta fue revelada en el diario El Tiempo en abril de 1931 bajo el

es decir que otras corrientes sociales y económicas tanto en el ámbito europeo como americano tienen su cuota en el acto legislativo 01 del 36. De lo anterior se colige que la reforma constitucional colombiana de la década de los treinta es el resultado de una mezcla de influjos, uno de ellos, y no el de menor importancia, el del catedrático de Burdeos.

De la misma manera, por ser esta una investigación que centra la mirada en el derecho público, concretamente el administrativo, se omite hacer mención a la influencia que el citado autor francés pudo tener en nuestro derecho privado, esto último porque la Corte Suprema de Justicia colombiana a partir de 1935, una de las más famosas de los anales jurídicos, se apropió de las tesis de los tribunales franceses donde Duguit ocupaba un lugar intelectual privilegiado con sus nociones sobre el derecho social.[4]

En la presente investigación histórica se hace uso de un método diacrónico, en ese orden se parte de la descripción de la teoría duguitiana, pasando por una explicación de la reforma social de 1936, contrastando los aspectos comunes de ambas y su aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano en la década de los treinta. Por ello se ha dividido el trabajo que aquí se presenta en tres capítulos: el primero contiene las reflexiones teóricas de la corriente social de Duguit que fueron relevantes para la reforma constitucional de 1936: solidaridad social, función social, intervencionismo de Estado y servicios públicos. En el segundo capítulo se narran los antecedentes históricos de la

título *La juventud universitaria postula a Alejandro López*. En idéntico sentido el artículo *Un candidato de lujo* publicado en El Espectador, en Bogotá (abril de 1931). Además de la capital, en otras regiones de Colombia la prensa se ocupaba de López, muestra de ellos son los textos a) *Un programa de ideas y de acción para el liberalismo colombiano*, en el Correo de Colombia, Medellín, abril 10 de 1931, b) *López y la concentración*, publicado en La Nación, Barranquilla, 1931, c) *Idearium liberal*", divulgado en el Relator, Cali, junio de 1931, d) *El problema del latifundio en Colombia*, difundido por El Estado, Santa Marta, 1931. Los artículos completos pueden revisarse en López, Alejandro. Idearium liberal, Medellín: Marín Vieco, 1997, p. 343. y ss.

[4] El historiador Gonzalo Cataño cuenta, en un artículo sobre Luis Eduardo Nieto Arteta, que el académico Julliot de la Morandiére en una de las conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional en 1939 observaba con desánimo como "los nombres de Ripert, Josserand, Gény y Duguit eran muy citados en las obras de los juristas colombianos y en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia". Lo anterior, porque de la Morandiére se planteaba interrogantes respecto de si "¿No hay cierto peligro de que vuestro derecho siga demasiado las directivas de un derecho extranjero? El derecho de Colombia, ¿no debe ser antes que todo un derecho colombiano, un derecho verdaderamente nacional?". Puede verse en Cataño, Gonzalo. Luis E. Nieto Arteta: del derecho penal al derecho civil. En: Ideas y Valores, Universidad Nacional de Colombia, agosto, 1991. p. 63.

reforma de 1936 y el contenido de su texto final. En el tercero, se relaciona el influjo del autor en la enmienda que transformó al Estado colombiano en la década de los treinta.

En resumen, se pone a consideración una investigación sobre la visión solidarista de Duguit incluida en el Acto Legislativo nº 01 de 1936 que varió en Colombia el entendimiento de las libertades individuales, en especial de la propiedad privada y del aparato estatal, este último, ahora asegurador de la organización y funcionamiento de los servicios públicos. El cambio de modelo en la prestación de los principales servicios públicos en el país de un esquema regido por los privados a uno guiado por el Estado, primordialmente a través de los municipios, demuestra esta aseveración.

Por último, se indica que durante la labor de redescubrir documentos de la época en la doctrina del derecho público colombiano que nos permitieran formarnos una idea del conocimiento que en ese entonces se tenía de León Duguit, se revisaron importantes textos clásicos como los de derecho constitucional de Tulio Enrique Tascón (1934 y 1953), el de derecho administrativo teórico y práctico de Carlos H. Pareja (1937), una conferencia sobre las teorías de Duguit, menos conocida, escrita por Marco Naranjo López (1927) y el más importante porque es el que más se ajusta al objeto de esta investigación, la *Crítica del Derecho Constitucional (Exposición sistemática del Derecho Constitucional de León Duguit)*, escrita por Juan Francisco Forero N., en el año 1935. Estas obras ayudarán a demostrar la sólida influencia del catedrático de Burdeos en la reforma pues, como se verá, tanto en el ambiente intelectual como en el político eran evidentes la fuerza de sus ideas: de una parte, autores como los mencionados, pero también los hombres de Estado del momento —como el presidente Alfonso López Pumarejo y su Ministro de Gobierno y luego de Educación, Darío Echandía— se vieron ampliamente permeados por ellas.

Capítulo primero
El pensamiento jurídico de León Duguit

La Declaración de los derechos del hombre, el Código de Napoleón y todos los códigos modernos que proceden más o menos de esos dos actos descansan en una concepción puramente individualista del derecho. Hoy día se elabora un sistema jurídico fundado sobre una concepción esencialmente socialista.

León Duguit

León Duguit es uno de los autores que contribuyó a la construcción de la conciencia jurídica nacional en las primeras tres décadas del siglo xx. El siguiente "mapa de transformación" tomado de la obra de López Medina sintetiza esta afirmación.[1]

Mapa de transformación

Teoría amalgamada local	Teoría transnacional	Especificidad local	Productor transnacional	Receptores locales
Renovación social de la Constitución Política	Positivismo solidarista	Reforma social por vía constitucional	León Duguit	Reforma constitucional de 1936 Nueva jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (1936 -1939) Darío Echandía Tulio E. Tascón

Fuente: Diego López Medina. Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana.

Ahora bien, en este primer capítulo se hará una reseña de los postulados solidaristas del profesor francés que son relevantes para el estudio de la reforma constitucional de 1936, en ese sentido se abordará su teoría partiendo de la

[1] López Medina, Diego. Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Legis, 2012, p. 121.

ruptura del modelo liberal clásico, enfatizando en las consideraciones sociales del autor, que son las que sustentan los cimientos del derecho en general, de la propiedad privada en particular y de los servicios públicos.

Como se expresó en la introducción, para 1927 Marco Naranjo López, en una conferencia divulgada en una revista jurídica de entonces, publicó una síntesis de las teorías de Duguit, las que resumió en cuatro temas: la regla de derecho, el fundamento de la regla de derecho, la función social y el servicio público. Luego, en 1935, el autor Juan Francisco Forero N. realizó una exposición sistemática de la obra del profesor francés, bajo el título *Crítica del Derecho Constitucional (Exposición sistemática del Derecho Constitucional de León Duguit)*, la dividió en tres partes: del derecho en general, del poder político y del derecho público. Ambos textos permiten inferir el conocimiento que existía en la época de la obra del profesor bordelés en la doctrina colombiana y han servido de herramienta para sistematizar el orden en el que se expondrán, en este trabajo, las ideas de León Duguit que interesen para el análisis de la reforma constitucional de 1936.

Antes de entrar en materia, se consideran pertinentes unas líneas biográficas del autor.[2]

León Duguit fue uno de los más cultos y relevantes publicistas europeos de fines del siglo XIX y principios del XX. Nació en Libourne (Francia) el 4 de febrero de 1859 y murió en Burdeos en 1928. En esta última ciudad estudió en la Facultad de Derecho y debido a sus notas brillantes logró rápidamente el doctorado y graduarse como abogado en 1879, con solo veinte años, allí también desarrolló toda su carrera académica. Fue discípulo de Emile Durkheim (1858 – 1917) de quien absorbió el especial interés por la enseñanza sociológica del derecho y como seguidor de otro destacado representante de la escuela sociológica francesa, Augusto Comte (1798 – 1857), entró de lleno en la doctrina del derecho social.

Léon Duguit obtuvo en su época un notabilísimo relieve internacional, además de la Universidad de Burdeos, su casa de estudios, impartió conferencias

[2] Sobre su biografía personal pueden revisarse los trabajos de José Luis Monereo Pérez y José Calvo González, en el estudio preliminar que hacen a "La teoría jurídica de León Duguit" en el *Manual de Derecho Constitucional* de este último, Granada: Colmares, S.L, 2005 y también el análisis de García Fernández, Javier en el estudio preliminar que hace a las Lecciones de derecho público general impartidas en la Facultad de Derecho de la Universidad egipcia durante los meses de enero, febrero y marzo de 1926. Madrid: Marcial Pons, 2011.

en la Escuela de Altos Estudios de París a lo largo de los años 1907 a 1911, también fue llamado por la Facultad de Derecho de Buenos Aires, Argentina, donde ofreció conferencias durante los meses de agosto y septiembre de 1911. Adicionalmente fue *visiting profesor* en la Universidad de Columbia (Nueva York) en los meses de diciembre de 1920 y enero y febrero de 1921, las conferencias allí pronunciadas con ocasión de su curso se publicaron bajo el título de *Soberanía y libertad*. En el año 1923 estuvo en la Universidad Central de Madrid impartiendo clases a los alumnos del doctorado que posteriormente darían lugar a la primera edición de su obra que en castellano fue titulada como *El pragmatismo jurídico*,[3] se destaca también su paso por la Facultad de Derecho de la Universidad egipcia durante los meses de enero, febrero y marzo de 1926 y que darían lugar a sus *Lecciones de derecho público general*.

En el año 1921, se sabe que León Duguit, estuvo en nuestro país, donde dictó una conferencia, Diego López Medina, en la *Teoría impura del derecho*, da cuenta de aquel evento en los siguientes términos:

> En lo que corresponde al derecho público, los latinoamericanos ansiosamente absorbieron la nueva línea de argumentación propuesta por León Duguit, el único de nuestros héroes *ius*filosóficos que alguna vez visitó a Colombia [...].
> León Duguit visitó la Universidad Nacional en 1921 donde dictó una conferencia. Darío Echandía reporta el evento, sin embargo, no da mayores detalles del mismo. No he encontrado la conferencia en los periódicos o revistas que existían en aquel entonces y me temo que quizás se haya perdido.[4]

El pensamiento jurídico de Duguit se puede compendiar en los siguientes elementos, todos interrelacionados: la negación del individualismo, la noción de solidaridad, la inexistencia del derecho subjetivo, la función social de la propiedad y la noción de servicio público.

---

[3] Estos datos biográficos son tomados del Prólogo de la obra de Duguit, León. Soberanía y libertad, tr. José G Acuña y Francisco Beltrán. Madrid: Librería Española y Extranjera, 1924, p. 14 y ss.

[4] López Medina. Op. cit., p. 236.

I. La negación del individualismo y el imperativo de lo social

Duguit fue un crítico vehemente del sistema jurídico planteado por la Declaración de los Derechos del Hombre y el Código de Napoleón, sistema que consideraba individualista, metafísico y cuya construcción, que tenía, en su sentir, un pasado lejano que se remontaba a la filosofía estoica de Grecia, pasando por los jurisconsultos romanos, había sido olvidada en la Edad Media, había revivido con precisión y nuevas fuerzas en el siglo XVI, llegando a su forma más completa en el siglo XVIII, en los artículos 1, 2 y 4 de la Declaración Francesa de 1789[5] y el Código de Napoleón (1804).

Lo esencial de esta doctrina individualista, según el profesor de Burdeos, es que "los hombres permanecen libres e iguales en derechos solo por ser hombres, desde el mismo momento de su nacimiento son titulares de derechos naturales e imprescriptibles que se resumen en la libertad, en el sentido general de la palabra, en lo que más exactamente se ha llamado la autonomía de la persona humana".[6]

Para el autor, de acuerdo con esta doctrina, de una parte, no se pueden imponer obligaciones activas al individuo toda vez que la inactividad es un derecho.

> El individuo puede decir al Estado: Usted puede impedirme perjudicar a los demás pero usted no puede impedirme, si me place, quedar inactivo, contemplar a los trabajadores desde mi balcón y quedarme ahí sin hacer nada. Por las mismas razones, el Estado no puede imponer la enseñanza obligatoria. Si el cabeza de familia desea dejar a sus hijos pudrirse en la ignorancia ningún poder puede impedírselo. El Estado, en la doctrina individualista, no puede hacer nada que atente contra la libertad individual. No puede limitar la libertad individual cuando el hombre quiere ejercerla en condiciones que solo pueden

---

[5] "Artículo 1º. La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Artículo 2. El principio de toda Soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo ni ningún individuo pueden ejercer autoridad alguna que no emane expresamente de ella. Artículo 4. La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la Ley".

[6] Duguit, León. Lecciones de derecho público general. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 170.

> perjudicarle a él mismo. No puede, por ejemplo, prohibir los juegos peligrosos o las corridas de toros. Tampoco puede limitar las horas de trabajo. Así pues, se debe afirmar que la doctrina individualista no puede determinar el campo verdadero de la actividad estatal.[7]

Adicionalmente, en virtud de este individualismo, tampoco se pueden fundar obligaciones positivas a cargo del Estado:

> El poder político no puede verse obligado a asegurar la enseñanza gratuita para todos. El derecho a la enseñanza es negado lógicamente por los partidarios de la doctrina individualista. El Estado ya no estará obligado a dar asistencia a las personas que por causa de la edad o de la enfermedad están en imposibilidad de procurarse medios de existencia por medio del trabajo. Finalmente, el Estado no está en modo alguno obligado a intervenir para que alguien que quiera y pueda trabajar encuentre un trabajo remunerado. De la misma manera que descarta el derecho a la enseñanza, la doctrina individualista niega la asistencia y el derecho al trabajo.[8]

Ahora bien, para Duguit, esta doctrina individualista, que fue aceptada durante siglos como un dogma, a principios del siglo xx comenzó a ser fuertemente criticada, es decir que se trató de un sistema jurídico producto contingente y momentáneo de la historia; no obstante, al decir de nuestro autor, una vez "la construcción ha sido terminada las grietas han aparecido […] Durante los cien últimos años se ha realizado la obra destructora […]. Pero con el siglo xx aparecen con entera claridad los elementos de la construcción jurídica nueva",[9] esta última, realista, objetivista y social.

En las mencionadas lecciones dictadas en la Universidad de Columbia (Nueva York), en los meses de diciembre de 1920 y enero y febrero de 1921 y que fueron publicadas bajo el título de "Soberanía y libertad", el autor señaló

---

[7] Ibid., p. 171.

[8] Ibid., p. 172.

[9] Duguit, León. Las transformaciones del derecho (Público y privado), tr. Adolfo Posada y Ramón Jaén. Buenos Aires: Heliasta, p. 172 - 173.

cómo la libertad individual y la soberanía nacional[10] fueron dogmas políticos y sociales venerados al igual que dogmas religiosos, que han tenido sus apóstoles y sus mártires y saturado la vida de las sociedades modernas desde 1789, pero en su entender, "los constituyentes americanos y franceses, creyendo formular verdades eternas, de una fecundidad siempre renovada, no hicieron en realidad, más que forjarse bien singulares ilusiones". Más adelante indica cómo "el fin de la guerra [refiriéndose a la primera conflagración mundial] ha marcado un profundo descenso, tanto en los hechos como en la mente, del concepto individualista a la manera de 1789, y que un concepto solidarista viene a reemplazar el concepto individualista–tradicional",[11] en ese orden de ideas, para Duguit, la idea de libertad individual no debe concebirse como un derecho, sino como un deber, ello porque el profesor de Burdeos parte de entender al hombre no como un ser individual, sino como un fenómeno social, como un ser esencialmente social, ya que solo en relación con la sociedad pueden predicarse de él derechos y deberes, no por el simple hecho de su existencia. En sus palabras:

> [...] esta idea del hombre natural, aislado, independiente, que tiene en su calidad de hombre derechos anteriores a la sociedad y que aporta estos derechos a la sociedad, es una idea extraña por completo a la realidad. El hombre aislado e independiente es una pura ficción; no ha existido jamás. El hombre es un ser social; no puede vivir más que en sociedad; ha vivido siempre en sociedad [...] Robinson en su isla no tiene derechos; no puede tenerlos en tanto no esté en relación con otros hombres.[12]

---

[10] En sus *Lecciones de derecho público general* (1926), hace un recuento sobre la noción de soberanía a la que califica de nefasta. Se remonta a los romanos de quienes afirma que, si bien no conocían la palabra, si fueron los primeros que tuvieron la idea que esta expresa, un poder supremo, el *imperium;* pasa luego a la Edad Media donde señala que debilitada persiste en cabeza del rey y se precisa y fortalece en el siglo XVI durante la monarquía francesa absoluta gracias al célebre Bodino, hasta llegar al momento de atribuirla "no al rey sino al pueblo, a toda la colectividad, a la Nación [...] con J. J. Rousseau". DUGUIT, León Lecciones de derecho público, Op. cit., p. 89 y ss.

[11] DUGUIT, León. Soberanía y libertad. Op. cit., p. 60 y ss.

[12] DUGUIT, Lecciones de derecho... Op. cit., p. 178.

Ahora bien, para el profesor bordelés, como ser social, a cada cual se le impone la obligación de desarrollar plenamente su actividad física, intelectual y moral en el ámbito donde se encuentra situado: "Un deber riguroso se impone a todos, a los grandes y a los pequeños, a los gobernantes y a los gobernados: el de cumplir todos los actos que su situación y sus aptitudes personales les permiten realizar. Solo por este motivo se asegurará la solidaridad por división del trabajo que es la condición indispensable para que una sociedad humana pueda vivir y desarrollarse".[13]

Si bien reconoce Duguit la existencia de diferencias entre los hombres, o, lo que es lo mismo, la individualidad de cada ser humano, de todas formas en algo existe igualdad y es en la comunidad de necesidades, son las necesidades las que hacen que el hombre sea parte de un grupo social y dentro del mismo es un imperativo la solidaridad social, o, como prefiere el autor, la interdependencia social, sin la cual el grupo social desaparecería.

De acuerdo con la idea de solidaridad, el Estado no es un poder de mando, una soberanía, sino que a él también se le imponen deberes, en ese orden,

> […] el Estado está obligado a organizar toda una serie de servicios públicos que permiten a los individuos ejercer plenamente, con el máximo de rendimiento, toda su actividad. Está especialmente obligado a proporcionar enseñanza, a asegurar un trabajo a todos aquellos que están en situación de trabajar y a proporcionar asistencia a todos aquellos que, a causa de su edad o de su enfermedad, se ven en la imposibilidad de procurarse los medios de subsistencia.[14]

II. La negación del derecho subjetivo

Al referirse a la naturaleza del derecho subjetivo, Duguit no puede ser más radical:

> A mi juicio, el pretendido derecho subjetivo no es nada, es una imaginación metafísica.[15]

[13] Ibid., p. 173.

[14] Duguit. Las transformaciones… Op. cit., p. 173.

[15] Duguit. Lecciones de derecho... Op. cit., p. 54-55.

Para Duguit la noción de sociedad implica en sí misma la de Derecho objetivo y excluye la existencia del derecho subjetivo. Entiende por derecho objetivo las reglas que existen en un momento dado en determinado país[16] o el conjunto de reglas de conducta que se imponen a los miembros de la sociedad bajo una sanción colectiva organizada de forma más o menos completa.[17]

Basado en la concepción solidarista, el derecho como constructor de la vida social y fundado sobre el análisis social plantea una doctrina jurídica realista, objetivista, porque el método que propone es el de la constatación fáctica, de la comprobación de los hechos sociales, de la verificación científica y no el meramente teórico, idealista, especulativo o abstracto, situación que da como resultado que el derecho sea producto de la vida social. De allí su reproche vehemente a las conceptualizaciones metafísicas, al derecho subjetivo, noción esta última que se encuentra completamente "arruinada" y que no puede subsistir.[18]

Por último, para Duguit, el derecho público y el derecho privado se basan en un fundamento idéntico; ambos están informados por la misma regla de derecho, la cooperación y la solidaridad.

Al decir del estudioso en Colombia de la obra de Duguit, Juan Francisco Forero N.,

> Se acaban de destruir los principales fundamentos del derecho antiguo: la existencia de derechos subjetivos basados en la naturaleza humana. Demostramos que no existen derechos subjetivos […] También demostramos que el fundamento del derecho no es la naturaleza humana sino la existencia de sociedades. Así pues, el derecho, público o privado, no puede ser subjetivista e individualista sino objetivista y socialista.[19]

---

[16] Ibid., p. 51.

[17] Ibid., p. 57.

[18] Véase, Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del derecho en las bases del concepto de servicio público. En: Revista digital de derecho administrativo, primer semestre, 2011, nº 5.

[19] Forero N., Juan Francisco. Crítica del derecho constitucional (Exposición sistemática del Derecho constitucional de León Duguit). Bogotá: Minerva, 1935, p. 39.

III. La nueva concepción de la propiedad privada: La propiedad función social

Critica el profesor bordelense la posición individualista y civilista de la propiedad que llevó a concebirla como un derecho subjetivo de carácter absoluto, similar al *dominium* romano, que implicaba el uso, goce y disposición de la cosa, pero al mismo tiempo el derecho de no usar, no gozar y no disponer del bien, es decir, para el titular del derecho real de domino la posibilidad de no cultivar sus tierras, sus solares urbanos sin construcciones, sus casas sin alquilar, entre otros.[20] Reprocha que sea además absoluto con relación al poder público que solo puede realizar funciones de policía y también absoluto en su duración.

Contrario a lo expuesto ubica al dominio como una función dentro de lo colectivo que se explica y existe en razón de este. No es un derecho subjetivo absoluto, y volvemos a la negación de los derechos individuales, es una función social, en ese orden

> […] el propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva la tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarse a cumplir su función social de propietario que consiste en asegurar el empleo de la riqueza conforme a su destino.[21]

Es decir que en virtud de la solidaridad se imponen deberes a las libertades, ello explicaría cómo, para el decano de la facultad de Burdeos, el hombre propietario de un capital no puede dejarlo improductivo, porque por el contrario la propiedad es el producto del trabajo:

> Por consiguiente, el propietario de un capital debe hacerlo valer y volverlo productivo. Será un asociado en provecho de la empresa, pero no puede abstenerse de colocar su capital en una empresa, si este capital está representado en dinero. Debe hacerlo valer si es un inmueble rural; dedicarlo a vivienda o a una explotación industrial,

---

[20] Duguit. Las transformaciones… Op. cit., p. 238.

[21] Ibid., p. 179.

> si es un inmueble urbano. El estado puede legítimamente intervenir para obligar directa o indirectamente al propietario de un capital a hacerle producir.[22]

IV. Los servicios públicos

En lo que se refiere a los servicios públicos, Duguit, junto con Gastón Jéze (1869- 1953), desarrollarían y propagarían la noción de servicio público; ambos, serían las piezas más representativas de la denominada "escuela de los servicios públicos" o "escuela de Bordeaux", de incidencia determinante en la materia.

Al igual que con la noción de derecho y propiedad, el enfoque Duguit lo haría bajo una preceptiva social, es decir alejada de las concepciones individualistas y subjetivas propias de la revolución francesa. En palabras de Santofimio Gamboa, "correspondió, en consecuencia, al Derecho francés, en especial a los trabajos del profesor León Duguit, el papel articulador y formador de la concepción jurídica de los servicios públicos como columna básica y estelar del concepto de Estado y la soberanía, *consecuencialmente del papel de la administración pública en función de los servicios públicos* (Resaltado fuera de texto)".[23]

Los servicios públicos son, para el citado autor, aquellas actividades que se imponen a los gobernantes, cuyo ejercicio constituye para ellos el cumplimiento de una obligación jurídica y que les da el poder de mandar cuando permanecen dentro de estos límites,[24] de donde se infiere que los servicios públicos, de acuerdo a la noción de Duguit, tienen la doble connotación de ser deberes que se imponen al Estado pero que también legitiman su actuar. Citando a Monereo Pérez y Calvo González[25]

---

[22] Duguit. Soberanía y libertad. Op. cit., p. 239.

[23] Santofimio Gamboa. Op. cit., p. 50-51.

[24] Duguit. Soberanía y libertad. Op. cit., p. 248.

[25] Véase el estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez y José Calvo González, que hacen bajo el título ¨La teoría jurídica de León Duguit" en el *Manual de Derecho Constitucional* de este último, publicado en Granada en el año 2005 por la Editorial Colmares.

> La idea de solidaridad y su plasmación en el concepto de servicio público (Estado de servicio público) introduciría en sí un criterio de legitimación del poder establecido, impidiendo un uso arbitrario del mismo. Los gobernantes ostentan un poder esencialmente unitario para la realización de los fines de la solidaridad social (organizada, como deber público, a través de un conjunto de servicios públicos), siendo también a su parecer una ficción el principio de división de poderes.

Así, de acuerdo con los postulados de solidaridad expuestos por el autor, la finalidad de la actividad de los gobernantes no puede ser otra que la de crear, dirigir, organizar y hacer funcionar ininterrumpidamente los servicios públicos, es decir que el Estado, por medio de sus agentes, con poder de coacción, tiene obligaciones y deberes que cumplir para con la sociedad, creando y dirigiendo actividades que se concretan en los llamados servicios públicos. En otras palabras, los gobernantes son verdaderos servidores de la comunidad y los gobernados son destinatarios de las acciones de aquellos y acreedores de las prestaciones serviciales públicas.

Señala Duguit, en sus *Lecciones,* cómo

> En los Estados modernos los servicios públicos son cada vez más numerosos [...] En nuestros días, estos servicios públicos de guerra, de policía y de justicia siguen existiendo de manera necesaria; pero a su lado ha nacido todo un conjunto de nuevos servicios que tienen carácter técnico, industrial y comercial [...] los ferrocarriles, la iluminación eléctrica, los teléfonos, todos los cuales son indispensables para la vida nacional. Desde entonces, los gobiernos tienen una misión singularmente compleja y unos deberes infinitamente más numerosos. Deben asegurar sin interrupción el funcionamiento de todos estos servicios que son indispensables para la vida de su Nación. Si no tienen el poder y si no saben cumplir estas funciones, no merecen conservar su situación, su poder ya no es legítimo y debe cesar.[26]

---

[26] En la novena lección de sus *Lecciones de derecho público general* insiste sobre el punto: "siempre y en todas partes los gobernantes han debido y deben todavía asegurar la defensa del país contra el enemigo exterior y asegurar el orden, la paz y la justicia en el interior y para ello han debido instituir los viejos servicios públicos de guerra, de policía y de justicia. Pero, además, el Estado moderno tiene que organizar y dirigir toda una serie de servicios públicos de carácter técnico como son los de transporte colectivo, la

Y complementa el plurimencionado autor francés manifestado que estas actividades denominadas servicio público deben ser aseguradas, regladas y controladas por los gobernantes. De donde además se desprende otra premisa: la responsabilidad pública. En ese orden "el funcionamiento del servicio público es susceptible de acarrear, de una parte, la responsabilidad del Estado, o, más exactamente, del organismo colectivo, y de otra, la responsabilidad personal de los agentes encargados del servicio".[27]

En este punto debe decirse que la noción de servicio público sustituye en la teoría duguitiana, el concepto de soberanía como fundamento del derecho público, y es que su obra conlleva una revisión integral de las concepciones dominantes de poder y soberanía vigentes,[28] toda vez que el Estado ya no será un poder soberano detentador de la fuerza, sino que bajo el criterio sociológico de la solidaridad, es este quien tiene obligaciones y deberes para con la sociedad, actividades que se concretan en los llamados servicios públicos. Según nuestro autor, se ha producido un quebrantamiento de la fe de los hombres políticos y de los juristas en el dogma de la soberanía.

---

iluminación y las obras públicas. Por último, la conciencia moderna impone al Estado la obligación de la asistencia social, de la instrucción pública, de la organización del trabajo y de la previsión social [...]". Duguit. Lecciones de derecho... Op. cit., p. 109 y ss.

[27] Duguit. Soberanía y libertad. Op. cit., p. 252.

[28] En su obra *Soberanía y libertad* critica Duguit la concepción alemana imperante de soberanía nacional, a la que califica como extraña a la realidad concreta, metafísica y próxima a derrumbarse: "El profesor Burguess, en su obra clásica *Ciencia política y derecho constitucional comparados*, escribe: '¿Qué debemos entender ahora por este término y este principio, desde luego importante, de la soberanía? Entiendo por tal un poder originario absoluto, sin límites, universal, sobre un sujeto individual o sobre toda asociación de sujetos'. El profesor Esmein, en su Tratado, no menos clásico de Derecho Constitucional escribe: 'Esta autoridad que naturalmente no reconoce poder superior o concurrente en las relaciones que rige, se llama soberanía'. Estas definiciones de Burguess y de Esmein expresan siempre la misma idea. Si la soberanía es, en efecto, una voluntad que jamás se determina sino por sí misma, resulta, evidentemente, que no reconoce poder superior ni poder concurrente; que es, como dice Burguess, un poder originario, es decir, que no ha recibido este carácter de una voluntad anterior o superior a ella, pues de otro modo, dependería de otra voluntad, que la limitaría y, por consiguiente, dejaría de determinarse exclusivamente por sí misma". Duguit. Soberanía y libertad. Op. cit., p. 141 y ss. Forero N., por su parte, sostenía en Colombia, al estudiar los trabajos de Duguit, en 1935, en relación con el titular de la soberanía que "la doctrina francesa, aparentemente lógica, es una teoría metafísica basada en ficciones porque considera el poder como un derecho subjetivo (todo derecho subjetivo es una concepción metafísica) y porque le da como sujeto una pretendida persona, la Nación, entidad metafísica, producto de la imaginación". Forero N. Op. cit., p. 54.

Sostiene Santofimio Gamboa cómo

> [...] con fundamento en estos trabajos, se justifica al Estado no como un poder soberano detentador de la fuerza, sino a partir del criterio sociológico de la solidaridad y del interés general, que lo entiende como agrupación o corporación de individuos con poder de coacción suficiente para cumplir con las obligaciones y deberes para con la sociedad; actividades que se concretan en los llamados servicios públicos. Se abandona, por tanto, no solo la clásica definición de la soberanía nacional, sino que se reacciona de manera especial contra la teoría del Estado-poder o del Estado-persona jurídica como titular de la soberanía. El Estado, dentro de la teoría de Duguit, es tan sólo un concepto con el que se identifica a la sociedad con el poder político indispensable o coacción necesaria para el cumplimiento de sus deberes sociales, para la real y efectiva materialización de los servicios públicos a favor de la comunidad. El Estado soberano se justifica sólo si se transforma en una verdadera federación de servicios públicos, dentro de la cual la principal obligación de sus gobernantes es la de asegurar su funcionamiento.[29]

Siguiendo a Santofimio se puede concluir que bajo las elaboraciones de esta concepción clásica, es decir, conforme a los lineamientos de la escuela de Burdeos, a los servicios públicos se los concibió como toda actividad de los sujetos u órganos públicos tendiente a la realización de las necesidades de interés general. En este sentido, el servicio público comparte elementos subjetivos y materiales; los primeros en cuanto actividad de sujetos u órganos, y el segundo, en cuanto realización del interés general, que es en definitiva el dominante, si se piensa que en últimas el servicio siempre será actividad independiente del órgano o persona que la desarrolle.

Se puede comprender, de este modo, que la noción del servicio público se convierte para Duguit en noción fundamental del derecho público moderno.

---

[29] Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Los servicios públicos: Vicisitudes y fundamentos de un tema jurídico inconcluso e impreciso. En: El derecho público a comienzos del Siglo xxi. Estudios en homenaje al Profesor Allan Brewer Carías, t. II, p. 1888.

Así las cosas, "Duguit significa para el derecho francés el arribo al realismo jurídico, el objetivismo jurídico, el gran giro copernicano y la gran transformación contemporánea del derecho público que desaloja el mito tradicional del poder como pieza central del sistema para poner en su lugar la idea de servicio público".[30]

Íntimamente ligado con todo lo expuesto debe decirse que el principio de solidaridad social y sus derivaciones, como la función social de la propiedad, el deber del Estado de servir a los gobernados, etc., confieren en la teoría de Duguit el fundamento para la intervención del Estado en la reglamentación de la vida económica y social.

De acuerdo con el concepto solidarista que se ha venido exponiendo, puede concluirse entonces que el Estado tiene obligaciones de orden positivo, situación que determina una noción nueva de la estructura íntima y de la naturaleza misma del Estado. Dicho de otro modo, los gobernantes como servidores de los gobernados están obligados a crear, organizar y asegurar todos los servicios que son indispensables para atender cumplidamente al sistema de las necesidades públicas, circunstancia que se traduce en un crecimiento de la actividad del Estado en todos los órdenes y en la concepción del Estado como Estado de servicio público, en palabras de Duguit,

> Los gobernantes están jurídicamente obligados a asegurar la organización y el funcionamiento de los servicios públicos. Con este propósito dictan reglas generales: las leyes. Este es el fin perseguido por los gobernantes y que les imprime su carácter. Ninguno puede violar esta regla, ni el particular, que no puede usar del servicio sino conforme a la ley, ni los gobernantes, ni sus agentes, que no pueden hacer nada para impedir el funcionamiento del servicio conforme a su ley.[31]

Ahora bien, este pensamiento, que en mi opinión puede compendiarse en la expresión "teoría solidarista", ejerció una influencia extraordinaria, dentro y fuera de Europa. En Colombia, sus tesis se ajustaban para solucionar los

---

[30] García de Enterría, Eduardo, citado por Santofimio Gamboa, León Duguit y su doctrina… Op. cit., p. 55.

[31] Duguit. Las transformaciones… Op. cit., p. 38.

estragos del modelo liberal clásico, que era precisamente lo que buscaba López Pumarejo con la reforma a la Constitución de 1886, por lo que puede decirse que la teorización que sobre el Estado preconizaba Duguit, entendiéndolo, ya no como poder de mando, sino como un poder político en función de los servicios públicos, y la consideración según la cual, el ejercicio de los derechos conlleva la imposición de deberes incidirían en la transformación del Estado que se llevaría a cabo con la enmienda de 1936. El mismo López, así como sus más encumbrados ministros —desde el punto de vista intelectual— habían estudiado de cerca e interiorizado la obra de León Duguit. De este modo, lo fundamental es, entonces, no dejar de apreciar que la meritoria tesis solidarista de Duguit, que se ha expuesto en este primer capítulo, contribuyó de forma efectiva —aunque no exclusiva— a avanzar en la comprensión de la crisis del modelo individualista sobre el que se cimentaba la Constitución de 1886 y en la evolución del ámbito de la actividad estatal colombiana en las primeras décadas del siglo xx. En otras palabras, su *teoría social* es punto de inflexión en esta etapa de nuestra historia jurídica.

Capítulo segundo
La reforma de López Pumarejo (1936)

I. Antecedentes: Los postulados clásicos

La reforma protestante y otros hechos de profunda significación histórica como las revoluciones políticas de los siglos XVII y XVIII (inglesa, norteamericana y francesa) contribuyeron en el mundo occidental al surgimiento y difusión de las ideas liberales y al cambio de las monarquías absolutas por el Estado liberal-burgués. En franca oposición al despotismo del absolutismo monárquico propio de los primeros siglos de la era moderna, se abriría el paso para la construcción de un nuevo modelo de Estado: el *Estado de derecho,* también denominado Estado liberal-burgués, según los tratadistas de origen alemán[1] —a partir de la obra del profesor Robert von Mohl (1799-1875).[2]

Características relevantes del Estado liberal de derecho son el individualismo, la no intervención del Estado en el plano socioeconómico, la limitación del poder de los gobernantes a través de la separación de poderes,[3] el principio

---

[1] A juicio del profesor Pablo Lucas Verdú, "El *Rechtsstaat* es un logro semántico, conceptual y político de la teoría del Estado y del derecho constitucional alcanzado por la doctrina alemana en su genealogía, en su desarrollo posterior de entreguerras y en su proyección presente como Estado democrático de derecho". Lucas Verdú, Pablo. Estado de derecho y justicia constitucional. Aspectos históricos, ideológicos y normativo-institucionales de su interrelación. En: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Mayo-Junio, 1983, nº 33, p. 13.

[2] Para autores como Luis Villar Borda es a través del derecho francés, en especial con la obra de Carre de Malberg, cómo el derecho colombiano conoció la doctrina del Estado de derecho y no de su fuente genética alemana. Villar Borda, Luis. Estado de Derecho y Estado Social de Derecho. En: Revista Derecho del Estado, diciembre, 2007, nº 20, p. 77.

[3] Sobre la separación de poderes, es pertinente advertir que, pese a ser un principio con antiquísimos antecedentes que remontan a Aristóteles, es el inglés John Locke quien la desarrolla y el barón de Montesquieu quien le da la definición en el sentido que conocen los ordenamientos jurídicos desde la modernidad hasta nuestros días. Este último en su obra *Del espíritu de las leyes* (1748) con meridiana claridad señaló: "Hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder judicial de los que dependen del derecho civil.

de legalidad[4] y la necesidad de consagrar todo ello en una Constitución escrita que rigiera los destinos del Estado.[5]

En América Latina, este modelo de Estado liberal-burgués resultó atractivo desde los primeros días de la historia republicana y, por supuesto, no fue Colombia la excepción. La "contradictoria" historia constitucional nacional,[6]

Por el poder legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a este poder judicial, y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado". Con esta teoría se busca evitar la concentración del poder del Estado en una sola rama u órgano y que cada uno sirva de freno y control a los demás, son los *checks and balances* o *frenos y contrapesos* que pretenden evitar la implantación de un gobierno despótico. Las ideas de Montesquieu adquirieron forma en la célebre declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo artículo 16 reza: "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assuré, ni la séparation des pouvoirs determiné, n'a point de constitution" (Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución).

[4] El principio de legalidad significa, ante todo, la primacía, el imperio de la ley. En ese sentido, ninguna decisión del Estado puede contrariar la ley, siendo esta última la representación de la decisión del pueblo soberano. Refiriéndose al caso francés, García de Enterría señala que la ley se convirtió para los franceses en la principal fuente del derecho, incluso por encima de la Constitución. Esta únicamente fue considerada como un texto político que incluía los derechos humanos y la estructura del Estado. Es decir que era una regulación que contenía una parte dogmática y una orgánica; no se entendió que era una norma jurídica porque no existió el control de constitucionalidad de las leyes, y esta podían vulnerar la norma fundamental sin que ello tuviera consecuencias jurídicas. Se le dio primacía a la ley porque emanaba del poder legislativo que se consideraba el poder soberano. Esta superioridad, en Francia duró en principio hasta 1958 pero en concreto hasta 1974, cuando se amplió la legitimación activa para interponer el recurso de inconstitucionalidad. Citado por Malagón Pinzón, Miguel. Vivir en policía. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 28.

[5] La implementación de una Constitución escrita será el símbolo de la seguridad jurídica de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Los pioneros en hacer realidad los ideales del liberalismo serían los norteamericanos con la instauración del Estado liberal a partir del 4 de julio de 1776, reforzado con la Constitución de Filadelfia de 1787.

[6] Resulta interesante el trabajo *Cartas de Batalla, una crítica del constitucionalismo colombiano* de Hernando Valencia Villa sobre el singular proceso constitucional colombiano: "el sentimiento que abruma al intelecto es la extrañeza que produce la abigarrada y contradictoria historia constitucional del país. De una parte, Colombia es el único Estado hispanoamericano controlado por los mismos partidos políticos desde 1849. En ninguna Nación en la región ha habido tantas codificaciones y enmiendas ni un discurso republicano tan proliferante [...] De otra parte [...] Colombia ha tenido once guerras civiles nacionales de 1811 a 1958, sin contar la interminable batalla constitucional. Y ha habido una elevada y crónica abstención electoral, largos períodos de legalidad marcial desde 1944 y un movimiento guerrillero fragmentado pero no derrotado que desafía al sistema político desde hace casi 40 años [...] Las estadísticas constitucionales son, en sí mismas, sorprendentes: quince constituciones nacionales entre 1811 y 1886 y sesenta y siete reformas entre 1886 y 1986 [...] La actual codificación [refiriéndose al texto de 1886]

enseña cómo el ejemplo angloamericano (Constitución de Filadelfia de 1787) se mostraba seductor para los colonos hispanoaméricanos, para quienes el nuevo prototipo de Estado era símbolo de bienestar y prosperidad. Reseña el constitucionalista Tulio Enrique Tascón[7] que Camilo Torres, cerebro motor de la revolución, en la intimidad de su correspondencia familiar revelaba:

> Imitemos la conducta de los norteamericanos, sigamos los pasos de ese pueblo filósofo, y entonces seremos tan felices como ellos. Trabajemos, pues para formar un gobierno semejante, y si es posible, igual en un todo al de aquellos republicanos.

Pese a lo anterior, reconoce el citado autor que es la revolución francesa la de mayor influjo en el espíritu de los revolucionarios

> [...] quizá por el mayor caudal de ideas que movía y porque socavaba más hondamente los principios sobre los cuales se había, hasta ese entonces, cimentado el orden social. Ella proclamaba la soberanía del pueblo, la desaparición del feudalismo, el predominio de los derechos imprescriptibles o inalienables del individuo, olvidados bajo el antiguo régimen [...] La revolución de independencia de las colonias españolas se hizo bajo el signo de la revolución francesa.

Así, el ordenamiento jurídico constitucional colombiano del siglo XIX no fue ajeno a los postulados del liberalismo clásico, en su fecundo número de Constituciones Políticas nacionales de los años 1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1858, 1863 y 1886,[8] se adoptó el modelo liberal-burgués.[9]

---

tiene cien años de edad —es la segunda más antigua del hemisferio después de la norteamericana— y la trayectoria del Estado en punto a elecciones y libertades es presumiblemente la mejor entre las naciones de América Latina". VALENCIA VILLA, Hernando. Cartas de Batalla, una crítica del constitucionalismo colombiano. Bogotá: Panamericana, 2010.

[7] TASCÓN, Tulio Enrique. Historia del derecho constitucional colombiano. Bogotá: Minerva, 1953, p. 2 y ss.

[8] En el siglo XIX colombiano, en el terreno constitucional, el uso del reformismo jurídico fue una estrategia ideológica para la prevención del poder popular y la producción de hegemonía estatal. Sobre el particular véase VALENCIA VILLA. Op. cit.

[9] Antes de 1821 la vida constitucional de lo que hoy es Colombia se remonta a una serie de Constituciones que desde 1810 se expidieron por las diferentes provincias que integraban el entonces virreinato

Revisada la obra compiladora, Constituciones Políticas Nacionales de Colombia, del profesor Carlos Restrepo Piedrahíta,[10] respecto de la Constitución de 1821 puede decirse que consagró la división de poderes, bajo el entendido de un legislativo bicameral encargado de hacer las leyes (artículo 55), un ejecutivo a cuya cabeza se encuentra un presidente elegido por las asambleas electorales de las provincias (Título V) y en lo que tiene que ver con la justicia en el Título VI, se contempló una Alta Corte de Justicia. En sus "Disposiciones Generales" (Título VII) contuvo un amplio catálogo de libertades, como las de expresión,[11] seguridad personal,[12] libertad individual,[13]

---

de la Nueva Granada (Constituciones Políticas de Cundinamarca de 1811, Tunja de 1811, Antioquia de 1812, Cartagena de 1812, Cundinamarca de 1812, Mariquita de 1812 y de Antioquia de 1815) que no tuvieron un desarrollo ostensible en la vida política de las provincias, la Reconquista del pacificador Pablo Morillo ahogó cualquier posibilidad de ejercicio soberano en ellas, de allí que deba trasladarse el estudio al período que se inicia con la denominada Constitución de Cúcuta, sancionada el 30 de agosto de 1821. Sostiene Valencia Villa que: "Esta [Constitución de 1821…] es la primera que puede ser calificada de nacional y republicana, a la vez completa y permanente. Comparadas con ellas, las cuatro cartas precedentes —los dos instrumentos provinciales de 1811 y las dos leyes preparatorias de la Gran Colombia— no son más que ensayos generales, ejercicios preliminares de política constitucional. Sin embargo, a pesar de su nominalismo y voluntarismo tales documentos sirvieron para crear un espacio, definir un lenguaje, forjar una estructura y no solo para el aparato institucional sino también para la batalla normativa. La Constitución de Cúcuta está entonces basada en los textos anteriores y en la Constitución española de Cádiz". Valencia Villa. Op. cit., p. 137.

[10] Restrepo Piedrahita, Carlos. Constituciones Políticas Nacionales de Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

[11] "Artículo 156: Todos los colombianos tienen el derecho de escribir, imprimir y publicar libremente sus pensamientos y opiniones, sin necesidad de examen, revisión o censura alguna anterior a la publicación. Pero los que abusen de esta preciosa facultad sufrirán los castigos a que se hagan acreedores conforme a las leyes".

[12] "Artículo 158. Todo hombre debe presumirse inocente hasta que se le declare culpado con arreglo a la ley. Si antes de esta declaratoria se juzga necesario arrestarle o prenderle, no debe emplearse ningún rigor que no sea indispensable para asegurarse de su persona".

[13] "Artículo 161. Para que un ciudadano pueda ser preso se necesita:
1. Una orden de arresto formada por la autoridad a quien la ley confiera este poder;
2. Que la orden exprese los motivos para prisión;
3. Que se le intime y dé una copia de ella".

propiedad privada,[14] inviolabilidad del domicilio[15] y de la correspondencia[16] y la libertad de trabajo e industria.[17]

Por su parte, la Constitución de 1830, aprobada por el Congreso que Bolívar calificó como admirable, dispuso que el poder se dividiera en legislativo, ejecutivo y judicial, cada uno con sus atribuciones. El Título XI titulado "De los derechos civiles y las garantías" presenta una declaración de derechos como la seguridad personal,[18] la propiedad privada,[19] igualdad ante la ley,[20] libertad de industria,[21] derecho de petición[22] y libertad de prensa.[23]

---

[14] "Artículo 177. Ninguno podrá ser privado de la menor porción de su propiedad, ni esta será aplicada a usos públicos, sin su propio consentimiento, o el del Cuerpo Legislativo; cuando alguna pública necesidad legalmente comprobada exigiere que la propiedad de algún ciudadano se aplique a usos semejantes, la condición de una justa compensación debe presuponerse".

[15] "Artículo 169. Nunca podrá ser allanada la casa de ningún colombiano sino en los casos determinados por la ley, y bajo la responsabilidad del Juez que expida la orden".

[16] "Artículo 170. Los papeles particulares de los ciudadanos, lo mismo que sus correspondencias epistolares, son inviolables; y nunca podrá hacerse su registro, examen o intervención fuera de aquellos casos en que la ley expresamente lo prescriba".

[17] "Artículo 178. Ningún género de trabajo, de cultura, de industria o de comercio será prohibido a los colombianos, excepto aquellos que ahora son necesarios para la subsistencia de la República, que se libertarán por el Congreso cuando lo juzgue oportuno y conveniente".

[18] "Artículo 139. Ningún colombiano puede ser preso o arrestado sino por autoridad competente, a menos que sea hallado cometiendo un delito, en cuyo caso cualquiera puede arrestarle y conducirle a la presencia del juez".

[19] "Artículo 146. Ningún colombiano puede ser privado de su propiedad ni esta aplicada a ninguno uso público, sin su consentimiento. Cuando el interés público, legalmente comprobado así lo exija, el propietario recibirá previamente una justa compensación".

[20] "Artículo 12. Los colombianos son iguales delante de la ley, cualesquiera que sean su fortuna y destinos".

[21] "Artículo 149. Ningún género de trabajo, industria y comercio que no se oponga a las buenas costumbres, es prohibido a los colombianos y todos podrán ejercer el que quieran, excepto aquellos que sean absolutamente indispensables para la subsistencia del Estado".

[22] "Artículo 154. Todos los colombianos tienen la libertad de reclamar sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública con la moderación y respeto debidos; y todos pueden representar por escrito al Congreso o al Poder Ejecutivo cuanto consideren conveniente al bien general de la Nación; pero ningún individuo ni asociación particular podrá hacer peticiones a las autoridades en nombre del pueblo, ni menos abrogarse la calificación del pueblo. Los que contravinieren a esta disposición serán perseguidos, presos y juzgados conforme a las leyes".

[23] "Artículo 151. Todos los colombianos tienen el derecho de publicar libremente sus pensamientos y opiniones por medio de la prensa, sin necesidad de previa censura, quedando sujetos a la responsabilidad de la ley".

La Constitución de 1832, también consagró la clásica tridivisión de poderes al señalar que: "El poder supremo estará dividido para su administración, en legislativo, ejecutivo, y judicial, y ninguno de ellos ejercerá las atribuciones que conforme a esta constitución corresponden a los otros, debiendo mantenerse cada uno dentro de sus límites respectivos" (art. 13). En su parte dogmática la igualdad ante la ley (art. 181), el habeas corpus (art. 186), la propiedad privada (art. 193), la libertad de trabajo, industria y comercio (art. 195), libertad de expresión (art. 198) y la inviolabilidad de la correspondencia (art. 202) serían los estandartes de las libertades individuales.

La Constitución Política de la Nueva Granada de 1843, dispuso, de igual modo, que el poder supremo estará dividido para su administración en legislativo, ejecutivo y judicial; debiendo mantenerse cada uno dentro de sus límites respectivos. En cuanto a las libertades, en su artículo 14 señaló que "Es un deber del Gobierno proteger la libertad, la seguridad, la propiedad, y la igualdad de los granadinos". Los artículos 159 y 164 hicieron alusión a la libertad personal y al derecho de petición, respectivamente.

Por su parte, la Constitución de la Nueva Granada del 20 de mayo de 1853, en su artículo quinto, reseñó un listado de garantías como la libertad individual, que no reconoce otros límites que la libertad de otro individuo, la seguridad personal; la inviolabilidad de la propiedad; la libertad de industria y de trabajos, la libertad religiosa, la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia privada, la expresión libre del pensamiento; el derecho de hacer peticiones a los funcionarios o autoridades públicas, la igualdad de todos los derechos individuales.

Posteriormente, la Constitución de 1858 dispuso que el gobierno general de la Confederación Granadina será ejercido por un Congreso que da las leyes, por un Presidente que las ejecuta y por un cuerpo judicial que aplica sus disposiciones a los casos particulares. Además, en su artículo 56 reconoció a todos los habitantes y transeúntes la seguridad individual, la libertad individual, la propiedad, la libertad de expresar sus pensamientos por medio de la imprenta, sin responsabilidad de alguna clase; la libertad de industria y trabajo, la igualdad, la inmunidad del domicilio y la inviolabilidad de la correspondencia, la profesión libre, pública o privada de cualquier religión, el derecho de petición.

Merece especial mención la Constitución de los Estados Unidos de Colombia del 8 de mayo de 1863, la más liberal de todas o, mejor, la del liberalismo

radical en su forma más pura. La Constitución de Rionegro planteó al país más problemas que los que ella podía resolver. En efecto, la secularización de la sociedad, la liberalización de las prácticas sociales y el establecimiento de una política económica permisiva (Estado gendarme) eran metas excesivamente ambiciosas para la Colombia de 1860.[24]

En su parte dogmática consagró esta Carta un prolijo listado de derechos civiles contenidos en el artículo 15 que incluye la inviolabilidad de la vida humana, la libertad individual, la seguridad personal, la propiedad, la libertad absoluta de imprenta, libertad de expresión, libertad de industria, la igualdad, la libertad de asociarse sin armas, la libertad de tener armas y municiones y de comerciar con ellas, la profesión libre pública o privada de cualquier religión, la abolición de la pena de muerte.

En relación con el gobierno, el artículo 36 preceptuó que el "Gobierno general de los Estados Unidos de Colombia será, por la naturaleza de sus principios constitutivos, republicano, federal, electivo, alternativo y responsable; *dividiéndose para su ejercicio en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder judicial*" (Resaltado fuera de texto).

El texto constitucional de 1886,[25] en cuanto a declaración de derechos y poderes públicos, dispuso de una parte que "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos" (art. 19), es decir, la noción del estado gendarme. Consagró la seguridad personal, la libertad individual, la propiedad privada, libertad de prensa, derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular y el de obtener pronta resolución.

---

[24] Valencia Villa. Op. cit., p. 164.

[25] Para el profesor Tulio Enrique Tascón el Título III de la Constitución tenía su origen en la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano formulada en 1789 por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia". Tascón, Tulio Enrique. Derecho constitucional colombiano. Comentarios a la Constitución Nacional. Bogotá: Minerva, 1934, p. 70. En la obra *Vivir en policía*, el ya citado Miguel Malagón indica como el peso del pensamiento francés se manifiesta en esta Carta, "Ya que se acogieron ideas como la de la soberanía nacional […] De igual manera se adoptaron conceptos como la primacía de la ley sobre la Constitución, la sujeción de los derechos humanos al texto legal, el centralismo político, la ideas de la codificación, que sin duda son derivadas del pensamiento galo". Malagón Pinzón. Vivir en policía. Op. cit., p. 105 y ss.

En cuanto a los poderes públicos, señaló que estos son limitados, y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones (art. 57). Indicó, además, que "La potestad de hacer leyes reside en el Congreso" (art. 58); que "El Presidente de la República es el Jefe del Poder Ejecutivo" (art. 59) y por último, que "Ejercen el Poder judicial la Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito, y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley" (art. 69).

En suma, se observa, cómo a partir de las Constituciones nacionales el ordenamiento jurídico colombiano del siglo XIX se mostró adepto a los postulados del estado liberal clásico.[26]

Se advierte cómo en la realidad jurídica y política nacional se produce, en una primera fase, una sintonía con los postulados clásicos, empero, en los albores del siglo pasado se hizo sentir un acentuado antagonismo.

II. La reforma constitucional de 1936

Una vez entrado el siglo XX surgió en Colombia una tendencia que pregonaba por la transformación del Estado: intervencionismo de Estado, propiedad con función social.

A la cabeza de dicha corriente se encontraba el general Rafael Uribe Uribe y, más avanzado el siglo, sobresalió el presidente Alfonso López Pumarejo,[27]

---

[26] Estas posiciones claramente liberales e individualistas fueron también en el siglo XIX, ideología viva en la mente de los eruditos y políticos de la época, por ejemplo, la obra del filósofo y jurista inglés Jeremías Bentham (1748-1832) era conocida en Colombia y se constituyó en buena parte del siglo XIX en centro de polémica. Para 1824 sus *Tratados de legislación civil y penal* circulaban por toda América y en 1825 sus estudios fueron establecidos, por decreto de Francisco de Paula Santander, como texto oficial en las facultades de derecho de la naciente república, luego, debido a un altercado entre Vicente Azuero y el padre Francisco Margallo, Bolívar en 1828 proscribe su uso, a través de otro decreto. Posteriormente, Santander en 1835 restablece la enseñanza de la doctrina benthamista. Un escrito titulado *La batalla de Bentham en Colombia* describe el frenesí que este pensador liberal inglés despertó en nuestro territorio: "Se libró en Colombia, a lo largo de casi todo el siglo XIX, la más violenta y aguerrida de todas las batallas. Estar en contra o a favor del filósofo de la utilidad, era la más expresiva de las divisas. El filósofo inglés fue piedra de escándalo y señal de contradicción; objeto de los más cálidos y apasionados elogios como de los más encomiados vituperios. En torno a Bentham se dividieron nombres, tendencias y partidos. De un lado Bolívar, José Manuel Restrepo, Joaquín Mosquera. Del otro Santander, Vicente Azuero, Estanislao Vergara, Francisco Soto, Lino de Pombo. En contra, el clero y las tendencias clericales. A favor de Bentham, las tendencias laica y liberales". Rojas, Armando. La batalla de Bentham en Colombia. En: Revista de Historia de América. México, junio, 1950, p. 37. Sobre el paso de Jeremías Bentham por Colombia se recomienda la visita del blog *Proyecto Bentham Colombia* de Gonzalo Ramírez Cleves.

[27] Del presidente López Pumarejo se dice "inició la mayor transformación que se haya realizado en Colombia en el siglo XX". Tirado Mejía, Álvaro. La economía y lo social en la reforma constitucional

artífice de la “Revolución en Marcha”, pero sobre todo, promotor y defensor de una reforma sustancial a la vetusta Constitución de 1886, proceso que culminó con la promulgación del Acto legislativo nº 01 de 1936.[28]

Sostiene el tratadista Álvaro Tirado Mejía[29] que en relación con el primer gobierno del presidente López Pumarejo, 1934-1938, existió un consenso poco frecuente en la historia colombiana, en el sentido de calificar este período como positivo para la nación, ya que “durante él, el país se modernizó, adecuó los mecanismos estatales a los nuevos tiempos y se vivió un contexto progresista”. Además, señala que en la primera administración de López Pumarejo se pudo apreciar una “revolución evolutiva” que se exteriorizó en una serie de reformas: de la Constitución, educativa y tributaria. La primera será desarrollada en este escrito. De la educativa diremos que se garantizó la libertad de enseñanza, aunque bajo el examen del Estado, y en cuanto a la reforma tributaria, es suficiente para este trabajo afirmar que fue una de las que más violenta oposición causó en los sectores económicamente favorecidos, pues en la práctica se tradujo en una política de hacer tributar a los pudientes que antes estaban exentos de hacerlo o que contribuían en mínima forma como, por ejemplo, a las compañías extranjeras las cuales no estaban acostumbradas a pagar impuestos en Colombia.

Ahora bien, estos cambios estuvieron orientados por algunas tendencias ideológicas internacionales, primordialmente la teoría social francesa de León Duguit, aunque también merecen destacarse las proposiciones sobre la economía de mercado de John Maynard Keynes y el *New Deal* de Franklin Delano Roosevelt.

El Acto Legislativo nº 01 de 1936 fue, como se ha expuesto, la más profunda reforma a la Constitución de 1886 gestada “en una época de turbulencia ideológica en la cual el pensamiento de autores como Duguit y experiencias constitucionales como la española de 1931 proporcionaban elementos

de 1936. En: Estado y economía, 50 años de la reforma del 36. Bogotá: Contraloría General de la República, 1986, p. 16.

[28] Gerardo Molina ha señalado que “la expresión reforma constitucional de 1936, sugiere que se trata de una enmienda a la Carta que venía rigiendo, pero nosotros creemos que se trata de una Constitución nueva, aunque a ella se hayan incorporado algunos preceptos de 1886”. Molina, Gerardo. Las ideas liberales en Colombia. De 1935 a la iniciación del Frente Nacional. Bogotá: Tercer Mundo, 1978, p. 55.

[29] Tirado Mejía, Álvaro. Aspectos políticos del primer gobierno de Alfonso López Pumarejo 1934-1938. Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura Procultura, 1981, p. xi.

importantes para darle un rumbo diferente a las instituciones, en especial a las finalidades que el Estado debía cumplir y la administración ejecutar".[30] Posturas ideológicas difíciles de conciliar estuvieron en el orden del día, primordialmente en el ilustre Congreso en donde la vocería sobre la cuestión social la llevó el Partido Liberal Colombiano.

Si bien es cierto que desde que era solo un proyecto la reforma tuvo acérrimos detractores, en especial la Iglesia católica y el Partido Conservador, el gobierno del Presidente Alfonso López Pumarejo[31] logró su aprobación en agosto de ese año 36, en parte debido a que contó con ministros de la talla intelectual de Darío Echandía y Alberto Lleras Camargo para defender los puntos de vista del gobierno.[32]

Por considerarlo de suma importancia para ambientar las agitaciones del ideario colombiano en 1936, se transcriben apartes de disertaciones de los hombres de Estado de la época.

En el discurso que dirigió al Congreso el 20 de julio de 1935, el Presidente López alude a los conceptos de propiedad y trabajo como funciones sociales:

> La propiedad, como la entiende el gobierno, no se basa únicamente en el título inscrito sino que tiene también su fundamento en la función social que desempeña [(...] la seguridad para el trabajo asalariado no debe ser menos preocupación del Estado que la seguridad para la propiedad privada, *porque son dos funciones sociales que no pueden dejarse en libertad abusiva*, sin el riesgo de que se entreguen a movimientos anárquicos, a los choques de fuerza antagónicos, que propugnan por un equilibrio [...] la propiedad debe ser garantizada en su uso, no en su abuso, a fin de que cumpla su función social (Resaltado fuera de texto).

---

[30] Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. t. I, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 307.

[31] Alfonso López Pumarejo (1886-1959) presidió dos administraciones: de 1934 a 1938 y de 1942 a 1945. Banquero de carrera, López Pumarejo era un talentoso comunicador que hizo un exitoso uso político de la radio, como Franklin Delano Roosevelt, y un lúcido estratega, que entendió mejor que ninguno de sus contemporáneos que la amenaza del cambio social y del poder popular solo podría ser desarmada con una contrarrevolución preventiva lanzada desde el gobierno. Valencia Villa. Op. cit., p. 181 y 182.

[32] Sin embargo, debe precisarse que el proceso de la reforma constitucional fue lento y tortuoso; las discusiones comenzaron a mediados de 1934 y finalizaron en agosto de 1936.

Asimismo, el entonces ministro Darío Echandía decía que consideraba a la Constitución vigente de 1886 como un texto caduco que se alejaba de las experiencias legislativas y constitucionales de los países civilizados y de las enseñanzas de la doctrina donde se imponía la idea según la cual la propiedad debía ejercitarse como una función social y el Estado debía intervenir en la economía privada:

> La Constitución sancionada el 5 de agosto de 1886, enmendada en 1910 y vigente aún, ha sido, de tiempo atrás, signo de contradicción y enseña de combate de los partidos políticos [sic]. Con una crítica no siempre basada en estudios serios, se ha afirmado por unos que la Carta resulta incompatible con las actuales realidades ambientes y las nuevas concepciones jurídicas, y por otros, que ella es canon intocable y código perfecto, que por una suerte de sentido profético en sus autores, previó situaciones futuras y captó con prodigiosa presciencia las posibles modificaciones del medio en que había de actuar. Entre la irrazonada diatriba y el ciego encomio, es necesario adoptar una posición genuinamente crítica.[33]

En similar sentido el Senador Timoleón Moncada, acudiendo a Duguit, explicaba el criterio jurídico de la reforma:

> Es incuestionable que toda ley tiene una época, fuera de la cual es exótica. La Constitución del 86 no corresponde a la época actual. Y si vosotros no la reformáis, seriáis incapaces de devolverle la fuerza y la vida que ha perdido ya por circunstancias de los mismos hechos y las modalidades actuales del país. *El derecho, dice Duguit, es mucho menos la obra del legislador que el producto constante y espontáneo de los hechos*. Esos hechos ya han declarado la agonía de la Constitución de 1886. Ella podría vivir en sus disposiciones rígidas, pero sería incapaz de hacerse respetar y obedecer. Y antes que tener una Constitución exótica,

[33] Echandía, Darío. La Reforma Constitucional de 1936, Cámara de Representantes, p. 15 y ss.

> inadecuada para regir los destinos de un país, es mejor no tenerla (Resaltado fuera de texto).[34]

En contraposición a estas posturas, al interior del Partido Conservador existían criterios diversos frente al concepto de la función social de la propiedad, bajo el supuesto de que la Constitución de 1886 no tenía el grado de individualismo que se le imputaba y por el contrario la función social se encontraba implícita en la utilidad pública, y esto hacía que la reforma fuera inútil.[35] Sobre el intervencionismo de Estado, la minoría conservadora de la Cámara, en un informe suscrito por los representantes José de la Vega y Teófilo Quintero de Fex, calificó a la reforma como "desacertada" en cuanto a la propuesta de intervención estatal:

> Ha pasado a ser un axioma de la ciencia política que el Estado no sabe administrar, y que en todas partes los rendimientos de su gestión son siempre inferiores a los que produce la actividad privada. La experiencia de nuestros correos y telégrafos confirma que esta reflexión en forma concluyente y justifica la desconfianza que nos inspira todo intervencionismo oficial en la producción, distribución y consumo de la riqueza.

De igual forma, figuras nacionales con fuerte influencia en el conservatismo como los exministros Esteban Jaramillo y Jesús María Marulanda formularon objeciones al Acto Legislativo de 1936. Sus posturas opositoras obedecían más bien a un plan político ideado por Laureano Gómez, jefe de la oposición. Este último, en escrito fechado el 17 de marzo de 1936 dirigido a *don Alfonso López*, fijó el punto de vista del directorio conservador frente a la reforma, rechazándola con vehemencia y calificándola como impositiva, innecesaria e inaceptable. Se copian apartes del documento:

---

[34] Velásquez Toro, Magdala y Tirado Mejía, Álvaro. La reforma constitucional de 1936. Bogotá: Cámara de Representantes, 1986.

[35] Al interior del Partido Conservador se destacaban como opositores los senadores Caamaño y Angulo.

> Tenemos la más honda convicción de que con la ley fundamental que hoy rige pueden alcanzarse todos aquellos fines, en forma ordenada y tranquila, sin afectar la estructura jurídica y social del país [...] Como innecesaria que es esa reforma, el país no la desea, una gran mayoría de la opinión pública la rechaza en sus puntos esenciales. Tal reforma, si se adoptara, rompe el equilibrio democrático en Colombia, puesto que aparece como un acto de dictadura política, hace imposible la armonía y la tranquila convivencia de los partidos, suscita luchas sociales y religiosas, siembra la inseguridad y la desconfianza en el campo económico, multiplica los problemas del gobierno [...]. Por lo que toca al partido conservador, la reforma, en sus innovaciones más radicales es de todo punto inaceptable. Ella pugna abiertamente con cánones y principios que este partido juzga esenciales a la vida ordenada del país, a su tranquilidad y a su progreso; van envueltos en esa reforma intereses espirituales y materiales del pueblo colombiano que el partido conservador se cree en la obligación imperiosa de defender sin debilidad ni vacilaciones.[36]

En la misma fecha, esto dijo sobre el proyecto de enmienda el arzobispo primado de Bogotá:

> Si, lo que Dios no permita, llegare al fin a aprobarse la Constitución proyectada, verán nuestros legisladores que no impunemente se violentan las conciencias en lo que tienen de más caro, que es la fe de sus antepasados [...] Hacemos constar que nosotros y nuestro clero no hemos provocado la lucha religiosa, [...] pero si el Congreso insiste en plantearnos el problema religioso, lo afrontamos decididamente y defenderemos nuestra fe y la fe de nuestro pueblo a costa de toda clase de sacrificios, con la gracia de Dios. Esta declaración nuestra no implica [...] ninguna incitación a la rebelión pública [...] pero sí una prevención terminante al Congreso de que todo el pueblo colombiano está con nosotros cuando se trata de la defensa de su

[36] Encabezaba la lista de miembros del partido conservador de la época Laureano Gómez y lo acompañaban Augusto Ramírez Moreno, Pedro M Carreño, Esteban Jaramillo, Emilio Ferrero, Jorge Vélez, Juan Uribe Cualla, José de la Vega, Julio Z Torres, Abel Carbonel, Hernando Uribe Cualla, Luis Ignacio Andrade, Miguel Jiménez López. Fuente: El Tiempo, Bogotá D.C. 18, marzo, 1936.

> religión, y que, llegado el momento de hacer prevalecer la justicia, *ni nosotros, ni nuestro clero, ni nuestros fieles permaneceremos inermes y pasivos* (Resaltado fuera de texto).[37]

La polémica se trasladó también a la prensa local, los diarios El Siglo y El Tiempo expresaban posiciones encontradas. El Siglo, de tendencia conservadora, señalaba cómo el Partido Conservador y la Iglesia se mostraban completamente renuentes a la reforma por considerar que infringía el sentimiento religioso, la garantía de la propiedad y del respeto por la enseñanza libre y cristiana; El Tiempo, de orientación liberal, por su parte, glorificaba la reforma por el carácter social que debía tener la propiedad, porque el Estado debía intervenir en las relaciones económicas y sociales y no solo ser un espectador de las manipulaciones e intereses de los sectores privados.

El doctor Fernando Hinestrosa al hacer un recuento de la reforma señaló cómo la misma parecía condenada al fracaso "cuando ocurrió un acontecimiento intempestivo: sendas declaraciones casualmente coincidentes en su oportunidad: 17 de marzo y en sus términos amenazantes, de todos los obispos y de los directorios conservadores, que provocaron la reacción del gobierno y concitaron la unidad liberal".[38]

El desenlace fue el documento sancionado el 5 de agosto de 1936, exactamente cincuenta años después de la Constitución de Caro, reforma que, como se expresó, modificó fundamentalmente el ámbito de acción del Estado en la sociedad.

El citado profesor Tascón, bajo el título *La Enmienda de 1936*,[39] señala, entre otras, las siguientes principales reformas de este Acto Legislativo, así:

> **Propiedad.** Garantiza la propiedad privada y dijo que era (tenía, quiso decir) una función social que implicaba obligaciones.
> **Intervención del Estado.** Dispuso que éste pudiera intervenir por medio de leyes en la explotación de las industrias y empresas públicas

---

[37] Manifiesto episcopal de 17 de marzo de 1936, citado por Hinestrosa, Fernando. 60 años de la reforma constitucional de 1936. En: Revista Derecho del Estado, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 7.

[38] Hinestrosa. Op. cit., p. 6 y ss.

[39] Tascón, Tulio Enrique. Historia del Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá: Minerva, 1934, p. 249 y 250.

y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho.

Libertad de conciencia. Garantizó la libertad de cultos y derogó todas las disposiciones de la Constitución de 1886 referente a las relaciones entre la Iglesia y el Estado, para remitir esta materia a los convenios que se celebraran con la Santa Sede.

Instrucción pública. Se garantizó la libertad de enseñanza, aunque bajo la inspección del Estado, y se hizo la instrucción primaria obligatoria en el grado que determinara la ley.

Legislación social. Se dispuso que la asistencia pública fuera función del Estado para prestarla a quienes estén físicamente incapacitados para trabajar; que el trabajo era una obligación social y gozaría de la especial protección del Estado; que se garantizaba el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos y que las leyes podrían establecer el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

Si bien se comparte el resumen que de la reforma hace Tascón y que se transcribe, para no dejar de mencionar ningún aspecto sustancial del acto legislativo, en aras de facilitar el análisis de la enmienda se reproducen los artículos que se consideran trascendentales de la Constitución de 1886 y del Acto Legislativo 01 de 1936 en un cuadro comparativo, el que además facilitará, en el capítulo siguiente, el estudio de la reforma desde tres ópticas, a saber *I)* el sistema jurídico, *II)* la cuestión social en la propiedad y *III)* el intervencionismo social de Estado.

Ópticas en la Constitución Política de 1886 y el Acto Legislativo de 1936

Constitución Política de 1886	Acto Legislativo nº 01 de 1936
Artículo 19. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos.	Artículo 9. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Continúa

Constitución Política de 1886	Acto Legislativo nº 01 de 1936
Artículo 31. Los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley; el interés privado deberá ceder al interés público. Pero las expropiaciones que sea preciso hacer requieren plena indemnización con arreglo al artículo siguiente.	Artículo 10. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaron en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa. Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar, a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.
Artículo 32. (Subrogado por los artículos 4, 5 y 6 del acto legislativo nº 03 de 1910): Artículo 4. Ninguna ley que establezca un monopolio podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita. Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico y en virtud de ley. Sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación. Artículo 5. En tiempo de paz nadie podrá ser privado de su propiedad en todo o en parte, sino por pena o apremio, o indemnización, o contribución general, con arreglo a las leyes. Por graves motivos de utilidad pública, definidos por el legislador, podrá haber enajenación forzosa mediante mandamiento judicial, y se indemnizará el valor de la propiedad antes de verificarse la expropiación. Artículo 6. En tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Consejos Municipales podrán imponer contribuciones.	Artículo 11. El Estado puede, intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador, la justa protección a que tiene derecho.

Continúa

Constitución Política de 1886	Acto Legislativo nº 01 de 1936
Artículo 38. La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la de la Nación; los Poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social. Se entiende que la Iglesia Católica no es ni será oficial, y conservará su independencia.	Artículo 13. El Estado garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón do sus opiniones religiosas, ni compelido a profesar creencias ni a observar prácticas contrarias a su conciencia. Se garantiza la libertad de todos los cultos, que no sean contrarios a la moral cristiana ni a las leyes. Los actos contrarios a la moral cristiana o subversivos del orden público, que se ejecuten con ocasión o pretexto del ejercicio de un culto, quedan sometidos al derecho común. El Gobierno podrá celebrar con la Santa Sede convenios sujetos a la posterior aprobación del Congreso para regular, sobre bases de recíproca deferencia y mutuo respeto, las relaciones entro el Estado y la Iglesia Católica.
Artículo 41. La educación pública será organizada y dirigida en concordancia con la Religión Católica. La instrucción primaria costeada con fondos públicos, será gratuita y no obligatoria.	Artículo 14. Se garantiza la libertad de enseñanza. El Estado tendrá, sin embargo, la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados, en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos. La enseñanza primaria será gratuita en las escuelas del Estado, y obligatoria en el grado que señalo la ley.
Artículo 44. (Sustituido por el artículo único del acto legislativo nº 01 de 1932). Toda persona podrá abrazar cualquier oficio u ocupación honesta sin necesidad de pertenecer a gremio de maestros o doctores. Las autoridades inspeccionarán las industrias y profesiones en lo relativo a la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas. La ley podrá restringir la producción y el consumo de los licores y de las bebidas fermentadas. También podrá la ley ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas públicas de transporte o conducciones y exigir título de idoneidad para el ejercicio de las profesiones de ingeniero en sus distintos ramos, abogado, médico y sus similares.	Artículo 15. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones. Las autoridades inspeccionarán las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas. La ley podrá restringir la producción y el consumo de los licores y de las bebidas fermentadas. También podrá la ley ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transportes o conducciones y demás servicios públicos.

Continúa

Constitución Política de 1886	Acto Legislativo nº 01 de 1936
	Artículo 16. La asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar. La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado.
	Artículo 17. El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado.

Fuente: Elaboración propia.

En mi opinión, se puede decir que lo plasmado en el texto del 36 es una muestra de la recepción que tuvo la teoría "social" francesa, representada principalmente por el profesor León Duguit, en el ordenamiento jurídico colombiano, pues los presupuestos de función social de la propiedad (art. 10), de Estado como sujeto de obligaciones (art. 9, 13, 14, 16 y 17) y la intervención estatal activa (art. 11 y 15) son producto de la decisiva influencia del catedrático en la nueva visión del derecho público que, a partir de la década de los años treinta, se forjó en Colombia. Por ello, no extraña que una personalidad de tanta trascendencia haya alcanzado interés de los estudiosos locales de entonces, con ensayos y textos relevantes, a los que aludirá en el próximo capítulo.

Capítulo tercero
Alcance de los postulados solidaristas en Colombia en la década de 1930

En la búsqueda de textos de los años treinta y sus alrededores se han encontrado interesantes escritos de intelectuales de las primeras tres décadas del siglo xx en torno a la obra de León Duguit, de ellos se hará constante uso en este capítulo, amén de desear contribuir al redescubrimiento de nuestro pasado histórico jurídico.

Como se expresó en la introducción y en el primer capítulo, se ha hallado una conferencia que data del año 1927 y que fue publicada en el número 200 de la *Revista Jurídica*, suscrita por Marco Naranjo López, en la que se resumió la teoría del profesor francés, sintetizándola en cuatro grandes temas: la regla de derecho, el fundamento de la regla de derecho, la función social y el servicio público. Así inicia el citado escrito:

> León Duguit, como ustedes lo saben, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burdeos, emprendió hace más de veinte años la revaluación de las doctrinas jurídicas y de las legislaciones vigentes en seria acometida revolucionaria. Y hace también más de veinte años que es combatido por los jurisconsultos de nuestro tiempo. De anarquista se le trata algunas veces, determinista, plagiario etc. Yo no quiero adoptar ninguna actitud agresiva ante las teorías del profesor bordelés, porque mi juventud me inclina naturalmente a la comprensión y al análisis sereno.

También se ha encontrado un texto publicado en el año 1935 titulado *Crítica del derecho constitucional (Exposición sistemática del derecho constitucional de León Duguit)*, cuya autoría es de Juan Francisco Forero. Poco se ha hallado de este autor, pero existe certeza que su obra gozaba de prestigio. El comentarista de la reforma de 1936, José Gnecco Mozo, quien, bajo el título

Bibliografía constitucional colombiana, dedicó las últimas páginas de su texto a evocar a los constitucionalistas de los siglos xix y xx, alude a los estudios de Juan Francisco Forero N. en los siguientes términos: "Recientemente han sido publicadas: la Crítica del Derecho Constitucional por Juan Francisco Forero N., síntesis de divulgación de las teorías de León Duguit [...]".[1]

Se trata de un libro que en tres segmentos resume los postulados del decano de Burdeos. En palabras del autor: "Esta introducción se divide en tres partes que constituyen, de cierta manera, una tríada lógica; en la primera parte, se trata del derecho en general; en la segunda, del poder político; en la tercera del derecho público, esto es, del derecho en cuanto rige al poder político".[2]

Del administrativista Carlos H. Pareja, de quien no deja de sorprender no haya merecido en nuestro país una mayor atención, su obra *Derecho administrativo teórico y práctico* (1937) se constituye en otro texto de importante estimación.

Los escritos en mención serán herramienta útil en nuestro propósito de demostrar la influencia concreta del autor en la reforma.

I. El sistema jurídico

Para resolver el problema del derecho se debe partir de la sociedad y no únicamente del individuo
Juan Francisco Forero N.

Enarboló el Estado liberal-burgués como banderas, el individualismo,[3] al establecer garantías y seguridades a la libertad personal (derechos civiles y políticos), en ese orden de ideas, se reconocieron e incorporaron derechos

---

[1] Gnecco Mozo, José. La reforma constitucional de 1936. Bogotá: abc, 1938, p. 332.

[2] Forero N., Juan Francisco. Crítica del derecho constitucional. Bogotá: Minerva, 1935, s.p.

[3] Los derechos naturales y la libertad individual como principio se encuentran formulados en los artículos 1, 2 y 4 de la Declaración Universal Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789:

"Artículo 1o. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.

Artículo 2o. La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Artículo 4o. La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás.

Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley".

individuales como una exaltación del hombre, pero a la vez como un límite al poder del Estado, a la arbitrariedad de las autoridades, ejemplos de estas libertades individuales lo eran la libertad de opinión, la protección contra la privación arbitraria de la libertad —denominada por la tradición inglesa *habeas corpus*—, la inviolabilidad del domicilio, la protección contra registros y confiscaciones ilegales, la libertad de la actividad económica, de elección de profesión, de competencia, de libre disposición sobre la propiedad, el derecho a votar y de tener igual acceso a todos los cargos, entre otros.

La reforma de 1936 introdujo un importante cambio en el ordenamiento colombiano, al derogar expresamente el artículo 19 de la Constitución de 1886[4] y esa trascendental variación es la desaparición del sistema jurídico *iusnaturalista,* entendido este en un sentido absoluto.[5]

La noción puramente subjetiva e individualista del derecho según la cual el hombre era, por naturaleza, libre, independiente, aislado, propietario de derechos individuales, inalienables e imprescriptibles, llamados naturales y que se encontraban indisolublemente unidos a su cualidad de hombre, se desvaneció e hizo su aparición una concepción social del mismo que niega la existencia de los derechos naturales ilimitados y se fundamentó en el realismo y objetivismo jurídico, en la interacción y solidaridad social. Bajo esa premisa, no hubo en el ordenamiento jurídico colombiano, en lo sucesivo, derechos naturales absolutos sino derechos considerados como funciones y obligaciones sociales, y el medio para garantizarlos fue la intervención del Estado.

---

[4] "Artículo 34 Acto Legislativo 01 de 1936: Quedan expresamente derogación los artículos 4º (en sus tres últimos incisos), 8º, 9º, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 31, 32, 36, 38, 39, 40, 41, 43, 49, 50, 53, 55, 56, 57, 58 (inciso 2º), 59, 60, 64, 91, 111, 135 y 172 de la Constitución Nacional; 1º, 2º, 5º, 8º, 23, 43 y 44 del Acto legislativo número 3º de 1910, y el Acto legislativo número 1 de 1932; y modificados los artículos 37, 47 (incisos 1° y 3º), 88 y 90 (en lo relativo al 88) de la Constitución, 21 del Acto legislativo número 3 de 1910 y 4º del Acto legislativo número 1 de 1930".

[5] Desde 1934 Tascón, en su texto de *Derecho constitucional colombiano*, criticaba este artículo catalogándolo como la "cifra y compendio de la doctrina individualista" y señalando que "Estimar que la función esencial del Estado es mantener represivamente el orden jurídico, protegiendo los llamados derechos naturales mediante la prevención y castigo de los delitos, equivale a reducir las funciones del Estado a la simple *policía* o a la prestación del servicio público de *justicia*. El artículo nada dice de la intervención del Estado en la satisfacción de las necesidades humanas; nada de la misión del estado como órgano defensivo de las libertades individuales; nada de las obligaciones positivas del Estado" (Resaltado fuera de texto). Tascón, Tulio Enrique. Derecho constitucional colombiano. Comentarios a la Constitución Nacional. Bogotá: Minerva, 1934, p. 72.

De conformidad con lo expuesto, con la reforma constitucional de 1936, se da por superado lo que Juan Francisco Forero N. planteaba en su obra (publicada en 1935) como *El problema del derecho*; ¿era subjetivo?, ¿fundamentado en la naturaleza del hombre? O, más bien, ¿objetivo, fundamentado en la naturaleza de la sociedad? El mismo autor resolvía el cuestionamiento en ese momento, anticipándose al texto de la enmienda y con apego a la teoría de Duguit, manifestando que "El derecho es una regla de conducta que se impone a los hombres que viven en sociedad y engendra situaciones jurídicas. Tiene por fundamento la sociedad o, mejor aún, la solidaridad social. No existen derechos subjetivos sino derecho objetivo y situaciones jurídicas".[6] Para el mismo autor "las concepciones subjetivistas sobre la naturaleza del derecho y las teorías individualistas sobre el fundamento del derecho eran aceptadas antiguamente en el derecho público y en el derecho privado como dogmas intangibles, pero hoy día debido a las transformaciones profundas del mundo moderno, el subjetivismo y el individualismo se muestran impotentes; se puede decir que el paso del subjetivismo al objetivismo jurídico y del individualismo al socialismo forma la característica esencial de la evolución jurídica del primer cuarto del siglo xx".[7]

Ahora bien, el supuesto del cual se partía para esa transición de un esquema subjetivo de derecho a uno objetivo fue la consideración duguitiana según la cual el hombre era un ser social y no podía vivir sino en sociedad.

Por su parte, sobre el particular, enseñaba en 1927 Marco Naranjo López, que al interior de la sociedad una regla de conducta se impone a los individuos, estos tienen

> […] una cierta función que cumplir, una cierta tarea que ejecutar. Y este es precisamente el fundamento de la regla de derecho que se impone a todos, grandes y pequeños, gobernantes y gobernados [...] El hombre, no tiene derechos subjetivos; no puede tenerlos porque un derecho es una abstracción sin realidad, pero por lo mismo que es miembro de una sociedad, tiene la obligación de hecho de cumplir una cierta función, y los actos que realiza para este fin tienen un valor social y serán socialmente protegidos.[8]

---

[6] Forero N. Op. cit., p. 38.

[7] Ibid., p. 20-21.

[8] Duguit, León. Lecciones de derecho público general. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 178 y ss.

Volviendo al texto de la reforma se tiene que de una interpretación sistemática de los artículos 10, 13, 14, 15 y 17, arriba transcritos, se advierte que el constituyente del 36 adoptó un fundamento solidarista de las libertades, en el sentido de que son entendidas para sus titulares como deberes, en ese orden de cosas, los miembros de una sociedad están obligados a desenvolver actividades para que sus derechos sean compatibles con la sociedad, verbigracia, deben instruirse, deben trabajar, deben emplear lo que poseen en provecho de la sociedad o lo que es lo mismo ejercer el derecho de dominio bajo una perspectiva social, en fin, desarrollar sus actividades físicas, intelectuales o morales. Sobre el papel de los gobernados en el mundo del individualismo y en el de Duguit, señalaba Forero N. en su texto:

> En la teoría individualista el libre desarrollo de las actividades individuales constituye un derecho natural intangible; en la teoría duguitiana constituye un deber o una función social. En la teoría individualista el individuo puede a su antojo, desenvolver o no desenvolver sus facultades individuales, en la teoría duguitiana debe forzosamente desenvolverlas. En la teoría individualista las personas pueden instruirse o no instruirse, trabajar o no trabajar, usar sus cosas en bien propio y de la sociedad o no usarlas, etc.; en la teoría duguitiana las personas deben instruirse, deben trabajar, deben emplear lo que poseen en bien de la colectividad y si no lo hacen, si no cumplen con esos deberes, el Estado puede obligarlas".[9]

Sobre el particular, con posterioridad a la reforma, expresaba Carlos H. Pareja: "En virtud de esa transformación que ha estudiado ampliamente Duguit, los derechos civiles clásicos han dejado de ser medios de acción puestos al servicio del individuo para su servicio personal y se han convertido en instrumentos de servicio público".[10]

Aparte de ello, la solidaridad también obliga a los gobernantes, en ese orden de ideas, al decir de Duguit "La solidaridad se impone también a los órganos públicos, al estar éstos sometidos al Derecho. El Estado refleja la contraposición entre gobernantes y gobernados, pero los gobernantes no son

---

[9] Forero N. Op. cit., p. 224 y ss.

[10] Pareja, Carlos H. Derecho administrativo teórico y práctico. Bogotá: abc, 1937, p. 19.

considerados como instancias superiores a los gobernados; la solidaridad se impone a todos y los gobernantes deben utilizar su potestad pública para asegurar el respeto al interés general".[11] Entonces, los gobernantes tienen obligaciones negativas y obligaciones positivas, en ese sentido, en primer lugar, no deben hacer nada que contraríe la solidaridad, pero, adicionalmente, deben hacer todo lo posible por favorecerla, es decir que "los gobernados están obligados a desarrollar sus actividades individuales, y los gobernantes como poseedores del poder político, están obligados no solamente a no hacer nada en contra de ellas sino a favorecerlas",[12] y allí radica la diferencia con la teoría individualista en la que el Estado tenía solamente obligaciones negativas.

El constituyente J. J. Caicedo Castilla se expresaba así sobre el contenido del artículo 9 de la reforma:

> Reemplaza al 19 de la Constitución que consagraba la más absoluta teoría individualista: la del Estado-gendarme, que no podía intervenir para la satisfacción de las necesidades humanas o para la defensa de las libertades, o para realizar las necesidades colectivas. Nada hablaba el artículo de las obligaciones *positivas* del Estado, de sus deberes sociales [...] Es una reforma doctrinaria de grande importancia, porque permite orientar las actividades del Estado en un sentido intervencionista favorable al bienestar común (Resaltado del texto).[13]

En el mismo sentido, Timoleón Moncada, en uno de sus discursos en el Senado expresó:

> La Constitución del 86 estaba fundada en la escuela individualista que tuvo su fórmula precisa, tomada de la declaración de los derechos del hombre de 1789 y que se concreta así: "los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho. [...] Pero la escuela individualista, que tuvo su época gloriosa, que fue necesaria en su tiempo, ha dejado de existir en el mundo entero, y ha dejado también en Colombia.

---

[11] Monereo Pérez y Calvo González. La teoría jurídica de León Duguit. En: Calvo González. Manual de Derecho Constitucional. Granada: Comares, 2005, en el estudio preliminar.

[12] Forero N., Op. cit., p. 224.

[13] Citado por Gnecco Mozo. Op. cit., p. 135 y ss.

> Este artículo 9 es de gran trascendencia: sustituyó la base fundamental del individualismo de la Constitución del 86 por las ideas del derecho social".[14]

Entre las obligaciones positivas del Estado figuran las de asistir, enseñar, procurar trabajo, lo que resulta acorde con el contenido de los artículos 9, 11, 13, 14, 16 y 17 del Acto Legislativo 01 de 1936 sobre deberes del Estado, intervención del Estado, libertad de conciencia, libertad de enseñanza, asistencia pública y derecho al trabajo.

Un nuevo cuadro comparativo, entre lo que finalmente quedó contenido en la reforma y las apreciaciones que sobre esos derechos dio el autor colombiano, Forero N., seguidor de las teorías de Duguit, permitirán apreciar mejor la influencia de los postulados del catedrático de Burdeos en la reforma en estudio:

Tabla 1. Reforma y apreciaciones sobre los deberes y la intervención del Estado, las libertades de conciencia y de enseñanza, la asistencia pública y el derecho al trabajo

Acto Legislativo nº 01 de 1936	"Las obligaciones del Estado" en la obra de Juan Francisco Forero N.
Artículo 13. El Estado garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón do sus opiniones religiosas, ni compelido a profesar creencias ni a observar prácticas contrarias a su conciencia. Se garantiza la libertad de todos los cultos, que no sean contrarios a la moral cristiana ni a las leyes. Los actos contrarios a la moral cristiana o subversivos del orden público, que se ejecuten con ocasión o pretexto del ejercicio de un culto, quedan sometidos al derecho común. El Gobierno podrá celebrar con la Santa Sede convenios sujetos a la posterior aprobación del Congreso para regular, sobre bases de recíproca deferencia y mutuo respeto, las relaciones entro el Estado y la Iglesia Católica.	*¿Cuál es la actitud que debe adoptar el Estado frente a la religión?* a) Cuando la religión es una cosa individual y privada, como acontece hoy día en la mayor parte de los países, el Estado debe permanecer neutral: no debe reconocer ni retribuir ningún culto, tan solo puede intervenir para que las manifestaciones del culto de algunos no atente a la libertad de los demás. En este caso para el Estado no hay judíos, ni musulmanes, ni budistas, etc., sino nacionales, o mejor aún, hombres cuyas creencias se les debe respetar [...].[15]

Continúa

[14] Ibid., p. 136.

[15] Forero N., Op. cit., p. 211. Para el comentarista de la reforma del 36 Gnecco Mozo, "En esta disposición se echó abajo la primacía que la Constitución anterior le daba a la Iglesia Apostólica, Católica y Romana sobre las demás religiones [...] En una palabra, la reforma tiende a sacar de la Constitución las relaciones especiales con la Santa Sede y dejarlas únicamente en el campo de las relaciones internacionales, en donde se podrá pactar con más libertad en lo futuro". Gnecco Mozo. Op. cit., p. 186.

Acto Legislativo nº 01 de 1936	"Las obligaciones del Estado" en la obra de Juan Francisco Forero N.
Artículo 14. Se garantiza la libertad de enseñanza. El Estado tendrá, sin embargo, la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados, en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos. La enseñanza primaria será gratuita en las escuelas del Estado, y obligatoria en el grado que señalo la ley.	El Estado debe [...] tomar las medidas necesarias para que todo establecimiento de enseñanza presente condiciones de salubridad y moralidad; debe ejercer un control sobre los maestros para impedir que atenten a la libertad física, intelectual o moral de sus alumnos, debe exigir condiciones de capacidad profesional, pedagógica o científica, a las personas que quieran enseñar o abrir una escuela; puede también establecer una enseñanza primaria obligatoria pues esta favorece el desarrollo de las actividades individuales, etc.[16] El estado debe organizar una enseñanza primaria gratuita y puede imponer a todos los miembros de la sociedad la adquisición de un mínimum de instrucción, pues ello contribuye al conveniente desenvolvimiento de las actividades individuales, factor importantísimo de la solidaridad social.[17]
Artículo 16. La asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar. La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado.	El Estado debe asistir a las mujeres parturientas, debe proteger a los niños, debe asegurar la subsistencia a las familias numerosas, debe procurar a las personas inválidas o enfermas los medios de curarse o de subsistir, si son incurables, etc.[18]
Artículo 17. El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado.	El Estado está obligado a procurar trabajo a las personas que quieran trabajar y no encuentren trabajo; de otro modo esas fuerzas de trabajo no podrían contribuir al desarrollo de la interdependencia social. El Estado está también obligado a reglamentar el trabajo y a proteger al trabajador porque es inadmisible que el trabajador sea explotado por su patrón y obligado a aceptar salarios de hambre o hacer trabajo superiores a sus fuerzas.[19]

Fuente: Elaboración propia basada en el Acto Legislativo y la obra de Forero N.

[16] Forero. Op. cit., p. 208.

[17] Ibid., p. 225.

[18] Ibid., p. 224.

[19] Ibid., p. 226 y ss.

II. La "cuestión social" en la propiedad

Ni derechos del individuo, ni derechos del Estado, eso es pura metafísica inventada o seguida por los individualistas en época de extravío
Marco Naranjo López

La concepción de la propiedad sería otro de los puntos importantes de la reforma de 1936, pues se trataba de romper la teoría del liberalismo clásico, hasta ese entonces imperante en el país, según la cual la propiedad era un derecho natural, por una nueva noción en la que esta tendría una función social.

De acuerdo con el individualismo propio del Estado liberal-burgués, el Estado debía intervenir de forma limitada en el plano económico, pensamiento expresado en la célebre fórmula del *laissez faire, laissez passer*, que inspiró a los economistas ingleses de la época, particularmente a Adam Smith y David Ricardo.[20] Un mínimo de gobierno, un máximo de libertad resume este pensamiento. El papel del Estado es reducido: el de un simple gendarme.

De conformidad con ello, la santificación de la propiedad privada legitimó un nuevo orden económico, el del *laissez faire*. Los artículos 17 de la Declaración Francesa de 1789 y 544 del Código de Napoleón denotan los alcances de este derecho en la era del liberalismo puro. La primera dispuso:

> Siendo la propiedad un *derecho inviolable y sagrado*, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exige claramente y con la condición de una indemnización justa y previa (Resaltado fuera de texto).

---

[20] "El pensamiento liberal también tuvo una expresión particular en el campo de la ciencia económica. Los economistas ingleses Adam Smith y David Ricardo son los fundadores del llamado sistema clásico en la historia de las doctrinas económicas. Su mayor mérito consistió en haber puesto orden en el Estado entonces caótico de la investigación económica y en haber ofrecido por primera vez una explicación científica completa del proceso económico, en la cual se exponen rigurosamente las leyes y principios subyacentes al funcionamiento del sistema capitalista individualista así como el proceso histórico que le dio origen [...] Por eso se opone Smith a todas la formas de intervención del Estado en los negocios ordinarios de la industria y el comercio; es un paladín del *laissez faire, laissez passer* [...] la conservación de la libre competencia es el principal deber de la política económica [...] El Estado, como si fuera un gendarme, se debe limitar a vigilar el campo social e intervenir solo en la medida de lo necesario para proteger los derechos de los individuos". Hernández Becerra, Augusto. Las ideas políticas en la historia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 281 y ss.

Por su parte, el Código de Napoleón consignó que "la propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, en tanto no se haga de ellos un uso prohibido por las leyes y los reglamentos".

Tal fue la relevancia dada a este derecho que "la Convención francesa de 1793 no se contentó con esto sólo; llegó hasta decretar la pena de muerte contra cualquier ciudadano que propusiera una ley agraria u otra cualquiera subversiva de las propiedades territoriales, comerciales o industriales".[21]

Por otro lado, el ordenamiento constitucional colombiano aceptaría en las Cartas del siglo XIX tal concepción del dominio,[22] merece destacarse la de 1886 toda vez que es esta la que fue objeto de modificación mediante el Acto Legislativo nº 01 de 1936:

> Artículo 32. En tiempo de paz nadie podrá ser privado de su propiedad en todo ni en parte, sino por pena, o apremio, o indemnización, o contribución general, con arreglo a las leyes. Por graves motivos de utilidad pública, definidos por el Legislador, podrá haber lugar a enajenación forzosa, mediante mandamiento judicial, y se indemnizará el valor de la propiedad, antes de verificar la expropiación

---

[21] Forero N., Op. cit., p. 215.

[22] La Constitución de Cúcuta de 1821 consagró en sus "Disposiciones Generales" (Título VII) la propiedad privada: "Artículo 177: Ninguno podrá ser privado de la menor porción de su propiedad, ni ésta será aplicada a usos públicos, sin su propio consentimiento, o el del Cuerpo Legislativo; cuando alguna pública necesidad legalmente comprobada exigiere que la propiedad de algún ciudadano se aplique a usos semejantes, la condición de una justa compensación debe presuponerse". La Constitución de 1830, en el Título XI "De los derechos civiles y las garantías" contiene el siguiente artículo sobre propiedad privada: "Artículo 146. Ningún colombiano puede ser privado de su propiedad ni esta aplicada a ninguno uso público, sin su consentimiento. Cuando el interés público, legalmente comprobado así lo exija, el propietario recibirá previamente una justa compensación". La Constitución de 1832 la consagró en el artículo 193: "A excepción de las contribuciones establecidas con arreglo a esta constitución o a las leyes, ningún granadino será privado de la menor porción de su propiedad, ni ésta aplicada a ningún uso público sin su propio consentimiento. Cuando alguna pública necesidad legalmente comprobada, exigiere que la propiedad de algún granadino se aplique a usos semejantes, la condición de una justa compensación debe presuponerse". El Texto Político de 1843, dispuso, en el artículo 162 "A excepción de las contribuciones establecidas por ley, ningún granadino será privado de parte alguna de su propiedad para aplicarla a usos públicos, sin su libre consentimiento; a menos que alguna pública necesidad, calificada tal con arreglo a la ley, así lo exija, en cuyo caso debe ser indemnizado de su valor". Por su parte, la Constitución de la Nueva Granada de 1853, en su artículo quinto reseñó un listado de garantías entre las que se encuentra la propiedad. Posteriormente, la Constitución de 1858, en su artículo 56, reconoció a todos los habitantes y transeúntes la propiedad. La Constitución de Rionegro, en el artículo 15, incluyó a la propiedad como uno de sus derechos más importantes.

> Artículo 33. En caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial y no ser previa la indemnización.
> En el expresado caso la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, ya para atender a las necesidades de la guerra, ya para destinar a ella sus productos, como pena pecuniaria impuesta a sus dueños conforme a las leyes.
> La Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.

Las normas civiles también apadrinaron el esquema liberal, desde la construcción de un arquetipo en el que la propiedad constituía un derecho absoluto de disposición, cuya máxima garantía estaba en la facultad del titular de usar, gozar y disponer al mejor estilo del *dominium* romano. Bajo este entendido, el artículo 669 del cc dispuso que la propiedad es "un derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno".

Sostenía Tascón, al referirse a la norma transcrita, que

> […] este concepto de la propiedad como un derecho absoluto tiende a modificarse actualmente, para convertir la propiedad en una función social. En donde quiera, las leyes obligan al dueño de las tierras a ponerlas en cultivo, al dueño de solares urbanos a edificar en ellos, etc., pues se estima que el título de propietario implica la obligación de emplear la riqueza detentada en aumentar la riqueza general y contribuir con ello al bienestar común como un deber de solidaridad social.[23]

Bajo este escenario, debe decirse que existía en el país un anhelo de reforma al texto de 1886. En el ambiente político, desde 1931, Jorge Eliécer Gaitán y otros parlamentarios habían presentado un proyecto de enmienda sobre el particular que, aunque fue archivado, mostraba la intención por el cambio en materia de propiedad privada.

---

[23] Tascón. Derecho constitucional… Op. cit., p. 92.

Como antecedente inmediato de la reforma debe señalarse que en el año 1934, se presentó un Proyecto de Acto Legislativo reformatorio de la Constitución "por el cual se sustituyen los Artículo 31 de la misma y 5º del Acto Legislativo 3 de 1910", en la exposición de motivos, y refiriéndose al régimen de propiedad, Darío Echandía criticaba la noción subjetiva y absolutista de la propiedad, cuyo ejercicio llega hasta el abuso en el hacer y en el no hacer uso de él, esto es "en que pueda quemar mi casa en aras del *ius abutendi*, impunemente, en que puedo dejar mi solar urbano perpetuamente sin edificarlo".[24]

En esa ocasión, el Congreso no aceptó los argumentos del Ministro Echandía para modificar lo relacionado con el régimen de propiedad. A pesar de ello, se advierte claramente la postura teórica en la cual se encontraba inscrito el gobierno de Alfonso López Pumarejo, a través de su vocero gubernamental, que vendría a ser insistida hasta el éxito por sus proponentes un año después.

En la doctrina, el citado Juan Francisco Forero N., en 1935, también hacía su propuesta de reforma en los siguientes términos:

> Antiguamente la propiedad tenía por objeto favorecer la apropiación de las riquezas con fines individuales, y para ello era suficiente, aunque inexacto, considerar a la propiedad como un derecho natural, subjetivo y absoluto, pero hoy día como tiene por objeto favorecer la apropiación de las riquezas con fines no solo individuales sino esencialmente colectivos, esa concepción debe ser reemplazada por la concepción de la propiedad como una función social [...] En conclusión, la concepción individualista de la propiedad, inexacta pero suficiente para satisfacer las necesidades económicas de los tiempos pasados, debe ser reemplazada por una concepción socialista (o del derecho social) exacta y de acuerdo con las necesidades económicas de los tiempos presentes,[25]

Y recurrió en su texto a la experiencia del derecho comparado, pues ya muchos países consideraban la propiedad como una función social: En Francia la ley Briand sobre asociaciones para el culto, las leyes sobre hilos telegráficos y telefónicos, sobre propiedad del aire; en Dantzig los artículos 111 y 112

[24] Colombia. Congreso de la República, Proyecto Acto legislativo, 1934.

[25] Forero N., Op. cit., p. 218-219.

de la Constitución[26] restringían el dominio; del mismo modo el artículo 99 de la Constitución de Polonia limitaba la propiedad[27] y la ley sobre organización económica, comercial y profesional de la Ciudad del Vaticano hacía lo suyo. Los artículos 153 de la Constitución alemana[28] y 37 de la de Yugoeslavia[29] eran otros ejemplos expuesto por el autor. Lo cierto era que las Constituciones mexicana de 1917[30] y alemana de Weimar de 1919[31] ya lo habían consagrado y eran un referente conocido en nuestro territorio.

Finalmente, fue López Pumarejo quien logró, con la aprobación del texto de la reforma nº 01 de 1936, la realización de este anhelo de dotar al dominio de un contenido social, a fin de lograr una adecuada explotación del suelo agrario y su redistribución entre un número mayor de agricultores. El texto aprobado, artículo 10 de la enmienda, fue, según Gnecco Mozo, "el artículo, junto con los

---

[26] "Artículo 111: El suelo con todas sus riquezas, será sometido a un estatuto legal capaz de impedir todo abuso y dar a cada familia de la Ciudad Libre la posibilidad de crearse un hogar familiar, o aquellas que han recibido una formación agrícola profesional, un dominio familiar, asegurados a sus fines de una manera duradera. En esta legislación referente a los hogares familiares se tendrá particularmente en cuenta las familias numerosas, los enfermos de guerra y los inválidos de trabajo. La plusvalía inmerecida que se produjo sobre un bien raíz sin gasto de trabajo ni de capital debe aprovechar a la comunidad.

Artículo 112: La empresa económica privada puede, en virtud de una ley especial y contra indemnización, ser transferidas al dominio público en la medida en que el interés común lo demande".

[27] "Dada la importancia de la tierra para la vida de la Nación y del Estado, la ley podrá someter su comercio a cierta restricciones. Las leyes determinarán la medida en la cual el Estado tiene derecho a proceder a la retroventa forzada de la tierra y regular el traspaso inspirándose en el principio de que la escritura agraria de la República de Polonia debe ser fundadas sobre unidades agrícolas capaces de suministrar una producción normal y que constituyan la propiedad individual de los ciudadanos".

[28] "Artículo 153 inciso 4: 'La propiedad obliga'".

[29] "Artículo 37: La propiedad privada se garantiza. También implica obligaciones. No puede hacerse uso de ella en perjuicio de los intereses de la comunidad. La ley determina su contenido, naturaleza, extensión y límites".

[30] La Constitución Mexicana de Querétaro, en su artículo 27 consagró que "la propiedad de la tierra y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de trasmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad particular." En el segundo inciso señaló: "La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las medidas que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de todos los elementos naturales susceptibles de apropiación para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y cuidar su conservación."

[31] La Constitución de Weimar ofreció la fórmula: "la propiedad obliga. Su uso debe ser servir, al mismo tiempo, para el bien de la comunidad". Para Loewenstein, con tal disposición "El pilastre fundamental del liberalismo clásico se ha hundido". Loewenstein, Karl. Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1965, p. 400.

relativos a la cuestión religiosa, que provocó más largas discusiones" y constituyó "uno de los puntos de trasformación radical en nuestro derecho".[32]

Respecto del contenido del artículo 10, sostuvo este último autor que

> Analizado el artículo serenamente, no consigna sino la regla general de respeto a la propiedad —no ya como derecho absoluto sino como función social— y a los derechos adquiridos, y la excepción: en caso de conflicto entre la necesidad pública reconocida en la ley y el interés privado, éste debe ceder a aquélla; por eso se puede expropiar la propiedad privada y sobrepasar el derecho adquirido, con indemnización previa. Y luego la excepción de la excepción: no habrá indemnización sino por razones de equidad. Y temeroso el constituyente de que pudiera proceder sin prudencia para decretar esto último, puso la traba o el obstáculo de la mayoría absoluta de los votos.[33]

Así las cosas, con la enmienda del año 36, se estableció, para la hasta ese entonces intocable propiedad privada una "función social", de ahí, que esta reforma sea conocida como la "reforma social", en lo sucesivo emergería un nuevo concepto, el de "lo social", por ello se habló de interés social o de utilidad pública.

En resumen, en mi opinión, a partir de entonces la propiedad dejó de ser un derecho *natural* —porque el hombre por ser hombre, era libre y tenía el derecho de ser propietario—, *subjetivo* —porque era el poder que tenía el hombre para imponer su voluntad respecto de una cosa a las demás voluntades humanas— y *absoluto*, propiamente arbitrario —porque implicaba el poder de usar, gozar y disponer de una cosa, y el poder de no usar, de no gozar y de no disponer de ella aunque con ello se perjudicara la sociedad—; para convertirse en una situación jurídica, objetiva y ante todo no absoluta, esto último, en la medida en que los gobernantes tenían el deber de obligar a los propietarios a que empleasen sus cosas en beneficio de la sociedad; así, como un desarrollo de lo expuesto en el numeral precedente, respecto de las obligaciones que se imponen a los gobernados y a los gobernantes, en el sentido en que cada uno tiene una tarea que realizar, una función que cumplir, que, el dominio, desde 1936, tiene una connotación social, teoría expuesta doctrinalmente por León Duguit.

---

[32] Gnecco Mozo. Op. cit., p. 144 y ss.

[33] Ibid., p. 148 y ss.

Diego López Medina, al describir la posición del jurista de la época, J. J. Gómez, señala cómo para este último,

> La propiedad en la reforma constitucional, no era un derecho, sino una función social. Este cambio definicional amenazó el *status quo* en el siguiente sentido: el énfasis radica en que los propietarios tienen fundamentalmente deberes, y no tanto derechos frente al colectivo como ocurría en el derecho liberal clásico. En consecuencia la propiedad productivamente subexplotada que se concentra en los latifundios puede ser redistribuida a los campesinos desposeídos. [34]

Un nuevo cuadro comparativo entre el texto de la reforma y un comentario sobre otro colombiano exponente de las tesis solidaristas ayudarán en la explicación:

Tabla 2. Reforma constitucional de 1936 vs. teorías de León Duguit

Acto Legislativo nº 01 de 1936	"Las teorías de León Duguit" Marco Naranjo López
Artículo 10. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaron en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa. Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar, a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.	La función social impone al individuo la obligación de emplear su actividad en todo aquello que, aprovechando así mismo redunde en beneficio de todos. No es solo la obligación de respetar la actividad de los demás, sino que, además, le impone el deber de contribuir al bienestar general con el ejercicio de su actividad física, intelectual y moral. No tiene derecho de permanecer ocioso. Está obligado a obrar, en cuanto se lo permitan sus fuerzas. Todo acto ejercitado por el individuo y que contribuya a la realización de la interdependencia será protegido socialmente y de la misma manera será reprimido toda actividad que perjudique la sociedad.[6]

Fuente: Elaboración propia con base en el Acto Legislativo de 1936 y texto de Marco Naranjo L.

---

[34] López Medina, Diego. Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Legis, 2012, p. 326 y ss.

[35] Naranjo López. Op. cit., p. 160.

La nueva realidad constitucional se vio reflejada en el ordenamiento jurídico con la expedición de la Ley 200 de 1936, denominada Ley de Reforma Agraria, que desarrolló la función social del dominio y cuya finalidad principal fue la de otorgar el marco jurídico que sirviera al Estado para adelantar las políticas públicas encaminadas a la distribución equitativa de la tierra y la correcta explotación de los terrenos rurales, y otorgarle instrumentos para hacer cumplir estos objetivos, entre los cuales, los más destacados fueron la enajenación voluntaria, la expropiación y la extinción del dominio.[36]

III. El intervencionismo social de Estado, los servicios públicos y su aplicación real en la década de los treinta

Como dice Duguit, no solamente hay cosas que el Estado no puede hacer, sino que también hay otras que el Estado está obligado a hacer […] y en una palabra a intervenir para procurar el bienestar común, como expresión de un sentido total de la vida humana y no del egoísmo individual.
Tulio Enrique Tascón[37]

La Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano resumió con sus ideales el ideario de la no intervención, al defender la libertad, la igualdad, la fraternidad y la propiedad como libertades públicas que implicaban para el Estado obligaciones de no hacer, es decir, de no intervención.[38]

No obstante, al descansar el sistema social y el productivo de este modelo de Estado sobre las bases del *laissez faire*, se profundizaron las desigualdades haciéndose sentir voces detractoras del sistema burgués,[39] las que le atribuían

---

[36] El influjo de esta esta concepción de la propiedad se reflejó en el ordenamiento jurídico con la expedición de variadas leyes que desarrollaron la función social de la propiedad en diferentes ámbitos, además de la Ley 200 de 1936, se destacan también la Ley 135 de 1961 "Sobre reforma social agraria", la Ley 9 de 1989, más conocida como la Ley de Reforma Urbana, y por supuesto en el texto constitucional de 1991.

[37] Tascón, Tulio. Derecho constitucional… Op. cit., p. 71.

[38] Malagón Pinzón, Miguel. Vivir en policía. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 22.

[39] Se destacan los socialistas utópicos o premarxistas quienes "fueron un conjunto de pensadores que dan origen filosófico al socialismo como doctrina política y económica, los cuales pueden situarse mayoritariamente en la primera mitad del siglo xix. Fueron un movimiento diverso que promulgaba la igualdad humana, luchaba por el establecimiento de los valores de la fraternidad social y criticaba los

haber engendrado injusticia social y exclusión. En efecto, las clases económicamente desfavorecidas llenas de aspiraciones, hicieron ver la tensión existente entre el impulso del hombre a desarrollar libremente su personalidad y las necesidades de una existencia colectiva. Es así como los menospreciados lucharon por la reivindicación de sus derechos y plantearon la erradicación del Estado liberal-burgués, modelo de Estado en el que la exaltación de la autodeterminación individual frente a las intervenciones del Estado habían favorecido los intereses de una clase social: la burguesía. Por su parte, la clase trabajadora sometida económicamente a las fluctuaciones de las coyunturas ocasionadas por un sistema de oferta y demanda con sus crisis, agobiada por el hambre y la miseria, las enfermedades, la incapacidad de trabajo por la edad y el azote del paro laboral, no se contentó con la mera teoría de la libertad y la igualdad contenida en las Constituciones de la época y el catálogo de derechos fundamentales, lo que resultó ser una mera abstracción sin valor pues la realidad demostraba que la plutocracia era la que dominaba el proceso económico y por ende el poder político. Siguiendo a Karl Loewenstein diremos que "Las vacías fórmulas de libertad e igualdad tenían que ser rellenadas con el contenido material de unos servicios públicos que garantizasen a las clases bajas un mínimo de seguridad económica y justicia social".[40] En ese orden de cosas, se requerían con premura servicios públicos y medidas legislativas político-sociales para protegerse de los males precedentemente descritos, donde se da un replanteamiento de la razón de ser del Estado, orientándose al reconocimiento de su cada vez mayor intervención en la vida social y política; los Estados empezaron a asumir la función de planificar, regular, dirigir, controlar y supervisar la vida socioeconómica, comenzando de este modo el siglo XX con el abandono del modelo liberal puro y el posicionamiento de un paradigma intervencionista, en Colombia también se replicaría este efecto.

---

abusos de poder de la nueva industria. El socialismo utópico es parte de un proceso dialéctico que enfrenta la industrialización y justifica la liberación humana de las cadenas de la producción a gran escala [...] Dentro de los principales exponentes de este movimiento reivindicador de derechos contra el abuso del capitalismo salvaje están: Claude Saint-Simon, Robert Owen, Charles Fourier y Pierre Proudhon". Castro Urrego, Cristian Darío. Las ideas políticas y el pensamiento administrativo en la historia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 231. Posteriormente hará su aparición el marxismo liderado por Carlos Marx y Federico Engels.

[40] Loewenstein. Op. cit., p. 399.

En suelo colombiano, a lo largo del siglo xix, el ordenamiento jurídico y los intelectuales mayoritariamente favorecían las ideas del no intervencionismo estatal, por ejemplo, el jurista y Procurador General, don Florentino González (1805-1874) admitía en sus escritos las libertades absolutas,[41] en consecuencia con ello era partidario de abolir "toda injerencia del gobierno en negocios que no necesitan ser manejados por él; defenderemos las libertades municipales, la libertad de enseñanza, la libertad religiosa, la libertad comercial e industrial; y con las armas de la razón que son las únicas de que haremos uso, combatiremos cuanto contraríe las libertades".[42] Es más, durante su ejercicio como Secretario de Hacienda en la administración de Tomás Cipriano de Mosquera (1845-1849), es don Florentino[43] el autor o coautor de la política de librecambio adoptada y que, en sentir de algunos escritores,[44] tuvo un impacto devastador en la economía artesanal o de subsistencia que el país tenía, en tanto la producción interna de alimentos y artesanías no pudo hacer frente a la ruinosa competencia de las manufacturas importadas de Europa. Como resultados, los artesanos se movilizaron contra el gobierno y empezaron a organizar los primeros sindicatos en la historia nacional, las llamadas sociedades democráticas que jugarían un papel decisivo en la arena pública en los años por venir.

Así se da inicio al tránsito hacia un intervencionismo de Estado proceso que culminó con la expresa consagración de la intervención de Estado en los frentes social y económico en la reforma del 36. Gerardo Molina (1906-1991), miembro del Congreso Constituyente de 1936, en su obra *Las ideas liberales en Colombia*, acota que

---

[41] Lo mismo se predica de juristas de la época como Antonio del Real y Cerbeleón Pinzón. La obra de estos ilustres puede consultarse en el tomo I de la compilación de la Cámara de Representantes y el Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, Derecho Constitucional Colombiano siglo xix, Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 1998.

[42] González, Florentino. Escritos políticos, jurídicos y económicos, Bogotá: Biblioteca Básica de Cultura, 1981, p. 133 y ss.

[43] Datos biográficos de Florentino González pueden leerse en el tomo II Cámara de Representantes y el Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, Derecho Constitucional Colombiano siglo xix, Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 1998.

[44] Urrutia, Miguel. Historia del sindicalismo en Colombia, citado por Valencia Villa. Op. cit., p. 153.

> [...] la Constitución de 1886 establecía en el artículo 44 la inspección de las industrias en lo relativo a la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas y disponía que la ley podría exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones médicas y auxiliares. El Acto legislativo nº 1 de 1918, avanzó más al disponer que la ley podrá ordenar la revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas públicas y de transporte, y que se deberá exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de la abogacía. El Acto Legislativo nº 1 de 1921, prescribió a su turno que la ley podrá restringir la producción y el consumo de los licores y las bebidas fermentadas.

Otro ejemplo de intervencionismo, antes de la reforma de 1936, fue la Ley 45 de 1923 sobre superintendencia y banca.

Lo que sucede es que a partir de ese año 36 se institucionaliza en nuestro país la intervención estatal, entendida esta en sentido amplio y no exclusivo de la vida económica del país,[45] pero, adicionalmente, se le agrega un elemento distintivo: la dimensión social, lo que explica que el prestigio del intervencionismo se dé en Colombia con la reforma de López Pumarejo,[46] cambio que no aparece por casualidad sino como un reclamo histórico:

---

[45] El intervencionismo propuesto por López Pumarejo no se circunscribía estrictamente al campo económico, sino que se extendía a la regulación de otros aspectos de la vida social como el educativo. En este último punto sí que plantearía problemas pues, de acuerdo al Concordato, a la Constitución de 1886 y a la política de gobiernos conservadores, era la Iglesia católica la que conducía la educación y frente a ello el Estado estaba sometido, por lo que cualquier tipo de intervención en esta área era, a los ojos del clero, indebida. Por ello, cuando López planteó una reforma al sistema educativo, los obispos y el Partido Conservador hicieron sentir su reparo llamando prácticamente a la desobediencia y a la rebelión. Planteaba el Presidente la necesidad de la vigilancia oficial en materia educativa, sin perjuicio de que esta fuera en el régimen privado católica o confesional, y sin que fuera estrictamente laica en lo público y le suprimiera prerrogativas al clero.

[46] López Pumarejo deja ver su posición sobre la intervención del Estado en los mensajes presidenciales de los años 1935 y 1936. En el primero, muestra su percepción de dos sectores sociales frente al intervencionismo, señalando que, de un lado, se encuentra la joven izquierda partidaria de una intensa intervención y, de otro, los industriales seguidores en algunas ocasiones del intervencionismo de Estado como cuando se trata de favorecerlos en sus actividades con altos derechos de aduana, pero adversos a ella cuando se debe intervenir para defender a los trabajadores en sus relaciones obrero-patronales. En el Mensaje al Congreso en 1936 acentúa en su idea de no reducir el intervencionismo al ámbito de lo estrictamente económico y les recuerda a los industriales que no pueden aceptar y rechazar la intervención del Estado conforme a sus intereses. Por último, enfatiza allí en la necesidad del Estado de intervenir para regular los conflictos del trabajo.

Los importantes cambios sociales y económicos que trajo el siglo xx, entre otras razones por las altas sumas de dinero que ingresaron a la nación producto de la exportación del café, el pago de los dineros correspondientes a la indemnización por la pérdida del canal de Panamá, los préstamos otorgados a nuestro país por el gobierno norteamericano, ocasionaron, por un lado, un crecimiento del capital y, a la vez, un desarrollo del tema sindical y social en Colombia, tanto así que para la última administración de la denominada República Conservadora (comprendida entre 1926 y 1930) la crisis social, económica y política abrumaba: huelgas obreras, motines estudiantiles, más la fuerte oposición liberal condujeron a la victoria de este partido en la siguiente elección presidencial (con Enrique Olaya Herrera), quien permaneció en el poder durante el decenio de 1930 a 1940.

El texto en la enmienda del 36 sobre intervencionismo es el siguiente:

> Artículo 11. El Estado puede intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho.

De la norma se desprende, en primer lugar, que se trata de la institucionalización de la intervención del Estado en nuestro país, adicionalmente, que la intervención es facultativa y no obligatoria, es decir que se trata de la atribución de una potestad del Estado.

Se colige también que la facultad interventora debe hacerse por mandato de la ley, esto es, la condición de posibilidad será la mediación de un mandato legal. Se establece así una prudente limitación a la intervención: "que no sea el gobierno el intervencionista por su propia iniciativa, sino que lo haga en ejercicio de leyes expresas; y que estas tengan el mismo respaldo de opinión que se exige para las expropiaciones sin indemnización, es decir, mayoría absoluta de votos en ambas Cámaras".[47] Igualmente, la intervención del Estado en la economía opera respecto de los sectores público y privado; por último, la parte concluyente de la disposición, la finalidad social: intentar corregir la desigualdad entre los trabajadores y los propietarios de los medios de producción, la protección de un sujeto(s) en situación de necesidad. Al decir de

---

[47] Gnecco Mozo. Op. cit., p. 176.

Gnecco Mozo, "el legislador halla en la nueva constitución puerta abierta para establecer todas las reformas sociales; fijar salarios máximos, auxilios de retiro, jubilaciones, seguros, medidas de higiene y participación del obrero en los beneficios".[48]

Se advierte entonces, en primer lugar, el nuevo rol del Estado, no como poder soberano, sino para servir, los gobernantes para servir a los gobernados, es decir, ejerciendo una función social. Leyendo a Duguit: "Los hombres políticos dignos de este nombre están de acuerdo en reconocer que se ha producido un gran cambio en la noción del Estado; que el Estado no tiene solamente el derecho de mandar, sino que tiene también grandes deberes que cumplir".[49] Adicionalmente, supone la disposición un Estado activo, según Duguit, al Estado incumbe, en efecto, el deber de hacer todas aquellas actividades y procurar todos aquellos servicios que sean necesarios para garantizar la protección y el bienestar de los individuos: en esta dirección de política legislativa se sitúa o inserta la legislación positiva moderna.[50]

De este modo, el Estado interviene para la prestación de los servicios públicos entendidos estos últimos como "una obligación de orden jurídico que se impone a los gobernantes, es decir a aquellos que de hecho tienen el poder en un país dado, obligación de asegurar sin interrupción el cumplimiento de una cierta actividad".[51] Y más adelante señala el autor: "Por consiguiente, a medida que la civilización progresa la intervención de los gobernantes va siendo normalmente más frecuente".[52] La intervención se justifica además, para garantizar la permanencia y continuidad de los servicios públicos.

En resumen, considero que la visión del derecho social de Duguit cambió, en nuestro país, el entendimiento de las libertades individuales, en especial la sacrosanta propiedad privada y el aparato estatal, pues este último desde entonces

---

[48] Ibid., p. 178.

[49] Las transformaciones del derecho (Público y privado), tr. Adolfo Posada y Ramón Jaén. Buenos Aires: Heliasta, p. 29.

[50] Duguit, León, Manual de derecho constitucional. Teoría general del Estado. El derecho y el Estado. Las libertades públicas. Organización política. Madrid: Francisco Beltrán, 1926, p. 277 y ss.

[51] Carlos H Pareja define en su obra, siguiendo la tesis duguitiana, el servicio público: "Concretamente considerado, el servicio público es la actividad del Estado, ejecutada directamente o por medio de concesionarios, encaminada a satisfacer las necesidades de interés general en forma regular y continua". Pareja. Op. cit., p. 105.

[52] Duguit, Las transformaciones… Op. cit., p. 29 y ss.

es asegurador de la organización y funcionamiento de los servicios públicos. El cambio de modelo en la prestación de los principales servicios públicos en el país, de un esquema regido por los privados a uno guiado por el Estado, primordialmente a través de los municipios, demuestra esta aseveración. A continuación se desarrolla esta idea:

La prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo en Colombia ha sido clasificada por la doctrina nacional[53] en cuatro períodos: Entre 1875 y 1930, entre 1930 y 1950, entre 1950 y 1990 y después de 1990. "Esta subdivisión caprichosa obedece a tres criterios: el grado de intervención del Estado, los mecanismos de financiación y la propiedad de las empresas".[54]

Al primer período se le suele denominar "Modo privado de suministro de servicios",[55] toda vez que desde los inicios de la temática en el año 1875 y hasta 1930 la prestación, rudimentaria además,[56] estuvo a cargo de privados mediante contratos de concesión de los municipios, operaban así los acueductos en Barranquilla (1880), Bogotá (1886), Medellín (1891), Cartagena (1905) y Pereira (1918).[57] En cuanto al servicio de energía eléctrica ocurría algo similar, "En 1888 se crea en Bogotá la Electric Light Company, fundada por el general Pedro Nel Ospina, y en 1895 se constituye en Medellín la Compañía Antioqueña de Instalaciones Eléctricas, empresa mixta con capital privado mayoritario. Es igualmente privada la primera empresa de distribución de electricidad de Cali, llamada Empresa de Luz y Energía".[58] En materia de aseo "según los registros históricos, en 1874 Bogotá contrata con empresas privadas la recolección y transporte de residuos sólidos en vehículos de tracción

---

[53] Sobre el particular pueden revisarse las obras de Jaramillo, Samuel. Ciento veinte años de servicios públicos en Colombia. Bogotá: cinep, 1995; Amador Cabra, Luis Eduardo. los servicios públicos frente a las reformas económicas en Colombia. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2011.

[54] Amador Cabra. Op. cit., p. 52.

[55] Ibid., p. 53.

[56] "Los pocos servicios que comenzaron a prestarse, alumbrado público a gas, el acueducto por tuberías de hierro sin tratamiento, energía eléctrica de generación hídrica y térmica, la telefonía y el aseo, eran precarios, rudimentarios", Colombia. Ministerio de Justicia y del Derecho, Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales –unijus–. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 1997.

[57] Betancourt, Luis Ignacio. Avances y perspectivas de la regulación de los servicios de agua potable y saneamiento básico. Informe presentado a la cra, Bogotá, agosto 1998, p. 7, citado por Amador, Cabra. Op. cit., p. 52.

[58] Vélez Álvarez, Luis Guillermo. Diez años de regulación de servicios públicos domiciliarios, Lo bueno, lo malo y lo feo de un modelo mestizo. En: Lecturas de Economía, enero-junio 2006, nº 64. p. 147.

animal y para 1892 cuenta con 58 carros de caballos que recogían la basura puerta a puerta. En Medellín se sabe que existían contratos con particulares para la misma labor desde 1874 con una técnica similar".

Frente a tal situación, el papel de la nación era prácticamente nulo y la capacidad reguladora de los municipios, débil, especialmente en lo relacionado con tarifas y coberturas. En ello tiene que ver la ausencia de políticas administrativas frente a su prestación producto de la ideología del *laissez faire* y la debilidad de los fiscos municipales que les impedía asumir esta tarea de manera directa.

> En suma, el período de 1875 a 1930 se caracterizó por la escasa capacidad reguladora del Estado, puesto que el papel de la Nación no existía y los prestadores en los municipios eran empresas privadas asociadas con capital extranjero que funcionaban bajo concesión otorgada por el ente territorial. Un elemento característico del período es que fue el mercado el que desarrolló las primeras infraestructuras de servicios públicos y no el Estado.[59]

No obstante, el esquema produjo tensiones, en primer lugar, porque los servicios estaban dirigidos a sectores de la población que podían generar a las empresas particulares lucro con su prestación, circunstancia que propició el fenómeno de la prestación clasista o de élite en servicios que por su naturaleza debían llegar sin distinción a todos los sectores de la población. De hecho, "hasta este momento, los servicios públicos, y en particular los domiciliarios, no tenían la connotación social de hoy; por el contrario eran asumidos en condiciones suntuarias, costosas y, por tanto, de difícil acceso".[60]

A esto se suma la incapacidad o ausencia de interés de parte de las compañías prestadoras de los servicios públicos para expandir la cobertura en la medida en que la demanda se ensanchaba; por el contrario,

> [...] los niveles de los servicios descendían (congestión y disminución en la frecuencia de los tranvías, daños permanentes por falta de mantenimiento y deficiencias en la depuración en el acueducto, cortes y

[59] Amador Cabra. Op. cit., p. 54.

[60] Colombia. Ministerio de Justicia y del Derecho, unijus. Op. cit., p. 26.

> racionamiento en la electricidad, etc.), y al mismo tiempo, las tarifas se elevaban: esto hacía especialmente irritantes estas tensiones. Por ello, se acumulan fricciones con las compañías prestatarias de los servicios y comienza a tomar cuerpo en la opinión de los habitantes una insatisfacción generalizada, y una aspiración, que toma la forma de presión política, de buscar un mecanismo alternativo que substituyera a los contratistas privados.[61]

De ello daba cuenta el intelectual liberal Alejandro López I. C., en su obra *Idearium liberal*, escrita en 1929, pero publicada solo hasta 1931, cuando señalaba cómo ese descontento nacional reinante respecto de la prestación de los servicios por los privados orientaba la tendencia hacia el dominio público de los mismos. La ineficiencia en la prestación (demoras, prórrogas, mal servicio) y la mala fe de los empresarios fueron las principales causas de la inconformidad. En palabras de López:

> Por si las enseñanzas de nuestra historia ferrocarrilera no fueren suficientes para reforzar la tendencia inconscientemente 'estatista' de nuestra ciudadanía, podemos volver los ojos a las empresas municipales de servicios públicos, comenzando por el tranvía de Bogotá, siguiendo con la concesión de energía eléctrica de Medellín, con todos los incidentes que obligaron a la totalidad de los contribuyentes de mi ciudad natal *a no tolerar empresas particulares en ningún servicio público*; y sin dejar que las desventuras del manejo de las empresas oficiales de Bogotá, pasajeras y tolerables, nos obscurezcan el sentido hasta olvidar los incidentes del Teléfono de esa ciudad. Cartagena y Barranquilla, Cali y Manizales podrían también aportar a la discusión casos pertinentes que explicarían *la marcada tendencia de todas esas ciudades a la propiedad pública en los servicios públicos, agua, energía, tranvías y teléfonos, ferias y mercados* (Resaltado fuera de texto).[62]

De allí que en su *Idearium liberal*, la propuesta de López (Alejandro) respecto de los servicios fuera contundente: la estatización de los mismos, aludía

---

[61] Jaramillo. Op. cit., p. 40.

[62] López I. C., Alejandro. *Idearium* liberal. Medellín: Marín Vieco, 1997, p. 286.

concretamente a "la necesidad de construir, explotar y administrar por cuenta del Estado todas las empresas de producción y venta de servicios públicos, con exclusión del interés particular".[63] No obstante, el fundamento teórico de tal planteamiento lo encontraba López en el inglés John Maynard Keynes; no creemos que Duguit hubiese ejercido influencia directa sobre él, por lo menos en su *Idearium* no hay referencia alguna al profesor francés, no obstante, resulta importante mostrar cómo con fundamento en distintos trabajos de autores extranjeros se propugnaba por la estatización de los servicios, por la adopción de un nuevo modelo del Estado frente a los servicios públicos.

Así las cosas, ante la crisis de la prestación de los servicios por los particulares, lo esperable era entonces que los organismos estatales pudieran suministrar estos servicios sin otro objetivo que el de satisfacer las necesidades de la población, se destacan las, entonces denominadas, empresas públicas municipales, creadas "para administrar los servicios de mercado, matadero, teléfonos, feria de ganados, acueducto, energía eléctrica y tranvía municipal".[64] El referido Alejandro López I. C. señalaba precisamente respecto de las Empresas Públicas Municipales de Medellín cómo estas se superponían a la fatal sentencia de Adam Smith cuando declaró malos administradores a todos los gobiernos de todos los tiempos. Al decir de López:

> No se necesita emplear el esmeril del patriotismo o del optimismo para alisar rugosidades a fin de poder declarar que hay empresas oficiales, como las Empresas Públicas Municipales de Medellín, el Ferrocarril de Antioquia o el de Caldas, así como la construcción por cuenta de la Nación del Ferrocarril del Pacífico, cuya eficiencia iguala y aun supera la eficiencia de las empresas privadas.[65]

En concordancia, a partir de la década de los treinta y hasta mediados de siglo, la prestación de los servicios públicos estuvo a cargo de los municipios y la nación tenía la obligación de financiarlos, pasó entonces el país, en materia de prestación de servicios públicos, de un modelo liderado por el

---

[63] Ibid., p. 327.

[64] Vélez Álvarez, Luis Guillermo. ¿Tienen futuro las empresas públicas en la provisión de los servicios públicos? En: Ensayos de economía, Universidad Nacional de Medellín. Vol. 4, núm. 6, 1993, p. 17.

[65] López I. C. Op. cit., p. 287.

sector privado a una intervención del Estado dirigida en la mayor parte por los municipios o, mejor, a lo que la doctrina ha denominado "modo centralista de la prestación".[66]

La reforma constitucional impulsada por el gobierno de López Pumarejo, de la que hemos venido hablando y que introdujo cambios significativos en el papel del Estado, al asignarle a este un rol intervencionista y activo frente a la problemática social y económica de la población, generó efectos inmediatos en la política y manejo de los servicios públicos, de allí que las autoridades administrativas, en especial las locales se vieron avocadas a la prestación de los servicios públicos a partir del esfuerzo propio y con cargo a sus limitados presupuestos públicos.

Justamente con fundamento en esta nueva concepción intervencionista del Estado colombiano se expidieron ante la crisis de los servicios públicos las Leyes 65 y 109 de 1936, disposiciones que constituyeron el inicio en Colombia de la concepción administrativa de los servicios públicos, en la medida en que delinearon las responsabilidades nacionales y locales en la materia. La primera estuvo evidentemente influenciada por la escuela del servicio público francesa en la medida en que en ella se dispuso como esencial la intervención del Estado como garante y prestador del servicio público de agua potable. No establece que sea el Estado central quien entre de manera directa a prestar este servicio, sino que plantea una división de competencias entre diferentes agentes estatales que puede resumirse así:

La responsabilidad directa en la prestación del servicio y su gestión es asignada a los municipios a los que se les divide en categorías, de acuerdo a su población, menores y mayores de veinte mil habitantes, los primeros recibían ayuda financiera de la nación y del departamento al que pertenecieran para la construcción de su sistema de acueducto; los más grandes debían financiar su infraestructura con recursos propios o con préstamos, pero en todo caso la prestación de los servicios estaría a cargo de los municipios. Al departamento se le encargó la labor de contribuir con la financiación de la construcción de los acueductos, adicionalmente, la de realizar los estudios técnicos necesarios.

Por su parte, la nación debía participar en la construcción de las obras, podía auspiciar hasta el 50% de los costos de construcción en los municipios pequeños. En el caso en que fuese el mayor aportante dirigir su construcción;

---

[66] Amador Cabra. Op. cit., p. 55.

en todo caso debía supervigilarlas a través de la oficina encargada del Ministerio de Obras Públicas. A la nación también le correspondería a través del citado ministerio el control de las tarifas, con el objeto de que "no sean tan altas que perjudiquen los intereses de los consumidores, ni tan bajas que no den los productos necesarios para el sostenimiento, reparación, conservación y mejora de las obras".[67]

Del contenido de lo expuesto se infiere entonces que el tipo de intervención que planteó la disposición por parte de la nación es de fomento (asistencia en la construcción), y la del municipio es la prestación (responsabilidad directa del servicio y su gestión). En últimas, "la Ley 65 transformó la acción estatal en el sector de agua potable, dio al Estado funciones acordes con su nuevo rol y responsabilidad directa a los municipios; creó un Fondo con aportes de los Departamentos y la Nación para el suministro de agua potable y estableció la vigilancia de la Nación a través del Ministerio de Obras Públicas".[68]

La Ley 109 se ocupó de la regulación de las tarifas en materia de servicios públicos de energía y acueducto, fue esta disposición más tímida en los alcances de la intervención estatal. "Su conclusión es la de asegurar el control de su operación por parte del gobierno central, con el punto notable de hacer depender las tarifas cobradas de la autorización gubernamental".[69]

Con posterioridad, leyes como la 107 de 1938 y 126 de 1938 reforzarían el mandato intervencionista del Acto Legislativo nº 01 de 1936 para los servicios de alcantarillado y telefonía, respectivamente. Sostiene Samuel Jaramillo que será el servicio público de transporte el que se alejará de esta tendencia, "En efecto, en esta época en que la tendencia global es hacia un mayor involucramiento del Estado, en la prestación de los servicios urbanos y hacia su municipalización, el transporte urbano va a seguir una trayectoria inversa: de una situación inicial en las grandes ciudades de monopolio de empresas municipales se va a ir cediendo esta actividad de manera paulatina a agentes privados".[70] Sin embargo, "la incorporación de la gestión estatal central en los servicios públicos domiciliarios, los problemas de cobertura y financiación no fueron resueltos; la demanda domiciliaria e industrial siguió

---

[67] Jaramillo. Op. cit., p. 48.

[68] Colombia. Ministerio de Justicia y del Derecho, unijus. Op. cit., p. 27.

[69] Jaramillo. Op. cit., p. 49.

[70] Ibid., p. 62.

creciendo a un ritmo mayor que la oferta y el desbalance con el sector rural fue cada vez más crítico".[71]

Puede mostrarse hasta aquí el papel interventor del Estado en la prestación de los servicios públicos a partir de los años treinta en Colombia, primordialmente a través de los municipios, planteamiento acorde por completo con lo expuesto, sobre el punto, por otro seguidor de Duguit en este país, el profesor Carlos H. Pareja.

Señalaba Pareja sobre la descentralización, contenida en la entonces vigente Constitución de 1886, que la misma implicaba una autonomía seccional principalmente la municipal, la que tiende a desarrollarse bajo la influencia cada día más persistente de un nuevo criterio en la organización administrativa de los servicios públicos. Sostiene este autor, que "la descentralización es administrativa cuando los servicios públicos se organizan autónomamente del poder central y las secciones en que el estado se divide manejan independientes sus bienes propios".[72] El municipio, para Pareja (1937), está llamado a convertirse en el centro activo de la vida nacional; en el futuro corresponderá a este dirigir todos los servicios públicos ordinarios,[73] en lo que se llamará, en su criterio, la municipalización de los servicios públicos. El intervencionismo del Estado moderno se hace notar en los municipios más que en ninguna otra rama de la administración del Estado, es esta entidad territorial la que debe prestar los servicios de transporte públicos, mataderos, mercados, conducción de aguas, distribución de fluido eléctrico, gas, y no concibe que estos queden en manos privadas cuando encajan en la función administrativa.[74]

El fundamento constitucional, según Pareja, para llevar a cabo lo anterior, lo encuentra en el artículo 28 de la que llama la "nueva Constitución" y que no es más que la norma que contiene la intervención del Estado en la economía.

---

[71] Colombia. Ministerio de Justicia y del Derecho, unijus. Op. cit., p. 28.

[72] Pareja. Op. cit., p. 82.

[73] Ibid., p. 88.

[74] "La municipalización de servicios consiste en que el Municipio asuma directamente la prestación de los servicios, eliminando la dirección privada de ellos. Todavía entre nosotros existen muchos servicios controlados por particulares, que debieran muncipalizarse: por ejemplo, el de funerarias; repugna hacer negocio con los cadáveres, y es triste el espectáculo que en los barrios de gentes pobres ofrecen los entierros; entierro de pobre es una frase que se ha vulgarizado para indicar la indigencia de estos actos. Creemos que ya es tiempo de que los Municipios intervengan en ese y otros servicios públicos, como el de taxis, a fin de muncipalizarlos evitando al público los constantes abusos que con ellos se cometen por los negociantes privados, interesados únicamente en el lucro". Ibid., p. 91.

En resumen, entre 1930 y 1950 el esquema de servicios públicos se caracteriza por "el tránsito de un modelo liderado por el sector privado a una intervención del Estado dirigido desde el sector central en la mayor por parte de los municipios del país".[75]

De lo expuesto se concluye que a partir de la reforma Constitucional de 1936, el Estado gendarme o policía resulta absolutamente incompatible con el nuevo esquema Estado-individuo-sociedad. El derecho social que involucra la inexistencia de los derechos subjetivos, las nociones de solidaridad y función social requerirán de la intervención del Estado, representante y garante de los intereses de la sociedad, es decir, intervención con contenido social. Existe, entonces, un elemento nuevo en el papel del Estado colombiano a partir de la vigencia de la reforma del 36, y se trata de la cuestión social, que incumbe al Estado, y que comprende especialmente el reconocimiento de determinados deberes sociales y la ampliación de la órbita de acción estatal en favor de la tutela del servicio público. La reforma no involucró una ampliación de los derechos y garantías formales de los ciudadanos, sino una extensión de la órbita de acción estatal a fin lograr la satisfacción de las necesidades tanto individuales como colectivas.

Exactamente cincuenta años luego de sancionada la Constitución de 1886 se promulgó la histórica reforma de 1936, que ha sido el tema central de este análisis. Desde entonces han transcurrido casi 80 años y por ello pensé que sería un buen momento para llevar a cabo una revisión y valoración de lo acontecido, leer textos, ciertamente leídos y releídos por generaciones, redescubrir otros, me llevaron a nuevas apreciaciones e interpretaciones y a una importante resolución: debe reconocerse que la enmienda del 36, aquella que superó para el ordenamiento jurídico colombiano el individualismo puro que durante más de un siglo de vida republicana ejerció su hegemonía, la que desacralizó la propiedad privada, aquella que institucionalizó en Colombia el rol intervencionista del Estado, ensanchando por tanto su radio de acción, recibe en Colombia la teoría de la solidaridad social —suficientemente conocida en la época— expuesta por el profesor francés León Duguit.

---

[75] Amador Cabra. Op. cit., p. 57.

Conclusiones

La recepción en Colombia de las ideas del francés León Duguit fue amplia e influyente, pero, sobre todo, fundamental en la transformación del derecho público, ocurrida en virtud de la reforma constitucional de 1936. Como se ha demostrado, el influjo del autor va más allá de la mera enunciación; a nivel local su teoría fue, aunque no exclusiva, sí determinante en la renovación del derecho público.

Para llegar a tal fin se han expuesto argumentos que se resumen a continuación:

Primero. El discurso "realista, positivista, social y antimetafísico" de León Duguit.[1] La construcción teórica de Duguit se fundó en consideraciones de colectivismo social e implicó la ruptura del modelo liberal clásico propio de la revolución francesa —basado en apreciaciones jurídicas y económicas individualistas— y la construcción del derecho público fundamentado en el interés general —gobernantes y gobernados con deberes en el conglomerado social—.

Tal planteamiento llevó a reconsiderar nociones de la teoría del Estado y del derecho como la soberanía y los derechos subjetivos. De estos últimos negó su existencia y, con fundamento en esta negación, de contera, desconoció el carácter de derecho subjetivo de la propiedad privada a la que simplemente ubicó como una función dentro del contexto colectivo.

A la soberanía la sustituyó por la noción de servicio público, es decir que en lo sucesivo lo servicios públicos fueron la columna básica en el papel de la administración pública: la administración en función de los servicios públicos,

---

[1] Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del derecho en las bases del concepto de servicio público. En: Revista digital de derecho administrativo, primer semestre, 2011, nº 5, p. 52.

lo que sin duda representó una revisión del derecho administrativo, ahora en pro de la sociedad y sus necesidades.

Segundo. Desde los primeros días de nuestra historia republicana y durante todo el siglo XIX la ideología del liberalismo clásico enseñoreaba el ordenamiento jurídico local; pero en la década de los años treinta del siglo XX el derecho social de Duguit, con sus principios y reglas de tipo "solidarista" fue recibido a nivel constitucional en la reforma social adelantada, no con pocas vicisitudes, a la Constitución de 1886, por el Presidente Alfonso López Pumarejo.

Esta entrada de Duguit en el ordenamiento nacional no aparece por casualidad, los académicos de la época conocían sus obras —las que habían sido traducidas al español inmediatamente después de su publicación en Francia—, lo que, es muy probable, ayudó en su cometido a los impulsores de la enmienda. De hecho, en los textos con los que los intelectuales impartían sus lecciones o en las conferencias eran frecuentes las referencias a los libros del plurimencionado francés. La ponencia de Marco Naranjo López sobre Duguit (1927), el libro de derecho constitucional de Tulio Enrique Tascón (1934) son un claro ejemplo de ello. Tascón en la "advertencia" que hace al lector al inicio del texto, señala cómo el ejemplar que le sirve de guía a los estudiantes de su clase es el *Manual de derecho constitucional* de M. León Duguit, hecho que se corrobora con las múltiples evocaciones y transcripciones del catedrático a lo largo del escrito al comentar el contenido de los artículos de la Constitución de 1886.[2]

Sin duda, la obra de Juan Francisco Forero N. (1935) es una clara demostración de un estudio concienzudo, más no abstracto, de la teoría duguitiana. En el plano del derecho administrativo, con posterioridad a la reforma, en 1938, Pareja fue el más autorizado exponente del "solidarismo", en sus disertaciones

[2] Pueden revisarse los comentarios al artículo 19 (p. 76), sobre la libertad de conciencia (p. 105), sobre instrucción pública (p. 109), derecho de petición (p. 116), separación de poderes (p. 131) y conceptos del derecho, la soberanía, etc. (p. 347 y ss.)

sobre derechos civiles,[3] el papel de los gobernantes,[4] servicios públicos,[5] la definición de derecho administrativo[6] y la concepción del Estado.[7]

Tercero: Pese al difícil camino que debió recorrer la reforma constitucional de 1936, para su aprobación, debido a la fuerte oposición del Partido Conservador y del clero colombiano, fue sancionada el 5 de agosto de 1936, exactamente cincuenta años luego de la expedición de la Carta de 1886, y desde entonces merece ser considerada como la enmienda a dicha Constitución de mayor contenido ideológico, aquella que implicó "un audaz avance en la vida social de la República".[8]

Son varios y trascendentales los puntos de encuentro del Acto Legislativo nº 01 de 1936 con la teoría social de Duguit, el primero, el sistema jurídico que a partir de entonces se edificó y que consistió en la sustitución del individualismo

---

[3] "En virtud de esa transformación que ha estudiado ampliamente Duguit, los derechos civiles clásicos han dejado de ser medios de acción puestos al servicio del individuo para su servicio personal y se han convertido en instrumentos de servicio público". Pareja, Carlos H. Derecho administrativo teórico y práctico. Bogotá: abc, 1937, p. 19.

[4] "El Derecho Administrativo ha surgido, pues como una consecuencia de la evolución que la noción de Estado ha sufrido a partir de la revolución francesa, y principalmente de la revolución rusa. Estos movimientos políticos permitieron descubrir que la esencia del poder público no reside en la noción de soberanía ni en el concepto metafísico del derecho divino, sino en el principio de que el estado se constituye para servir y los gobernantes son los "gerentes de los servicios públicos" —según feliz expresión de Duguit— y, a consecuencia de esto, tienen derechos, que son deberes para con los gobernados [...] Esa obligación de los gobernantes, que se les impone como una condición esencial para la legitimidad del poder, constituye una función social; esta función es el servicio público. Más que para mandar el gobierno se organiza para servir. El Estado, por consiguiente, no es ya un simple gendarme encargado de guardar un orden establecido únicamente en beneficio de un grupo privilegiado de ciudadanos, sino un organismo de cooperación destinado a prestar servicios públicos. Estos servicios, a la vez que justifican la permanencia del grupo dominante en el poder, son también el límite de su autoridad". Ibid., p. 23 y ss.

[5] "Concretamente considerado, el servicio público es la actividad del Estado, ejecutada directamente o por medio de concesionarios, encaminada a satisfacer las necesidades de interés general en forma regular y continua". Ibid., p. 105.

[6] "El Derecho Administrativo es sustancialmente el derecho de los servicios públicos". Ibid., p. 103

[7] "Todos estos principios que la Constitución establece, constituyen la concepción nueva que, hemos dicho, cambia el eje de rotación de las actividades del Estado, sacándolo del punto de apoyo de la noción metafísica de la soberanía nacional, al hecho vivo del servicio público". Ibid., p. 125.

[8] Así la calificó Carlos Lozano y Lozano en el prólogo de la ya citada obra sobre la Reforma Constitucional de 1936 de José Gnecco Mozo. Un interesante apunte biográfico de Lozano y Lozano puede verse en: Mayorga, Fernando. Carlos Lozano y Lozano. Obra escogida. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

de la Constitución del 86[9] por las ideas del derecho social. Así las cosas, el texto del 36 superó la noción de Estado-agente e impuso obligaciones positivas a los particulares y al Estado, lo primero, a través de deberes para favorecer el bienestar común y lo segundo, mediante el intervencionismo de Estado.

En ese sentido, el artículo 10 de la reforma consignó una regla —y este es el segundo punto de coincidencia— : la propiedad no es un derecho absoluto sino una función social o, lo que es lo mismo, la propiedad entraña obligaciones, por ello, el dueño de las tierras tiene que cultivarlas, el dueño de solares urbanos tiene que edificar en ellos, etc., toda vez que la condición de propietario implica la obligación de emplear la riqueza detentada en aumento de la riqueza general y contribuir con ello al bienestar común.

Igualmente, a partir del 36 el ámbito de acción estatal se amplía en virtud de la tutela del servicio público, el mecanismo fue el de la intervención, en ese orden de ideas se dotó al Estado de herramientas para reglamentar y dirigir la actividad económica y social.

Cuarto. Más de cien años han pasado desde que el profesor bordelés expuso su teoría solidarista, transformando ciertas nociones del derecho en el modo como eran entendidas cotidianamente. Pese al tiempo transcurrido, la relevancia de sus planteamientos se mantiene en Colombia, debido, de una parte, a que recientes pronunciamientos jurisprudenciales fundamentan su resolución a través de los postulados de Duguit[10] y, asimismo, la doctrina aún debate en torno a ellos.

---

[9] "Enseña la doctrina individualista que el hombre al venir al mundo posee ciertos derechos subjetivos, que son los derechos individuales naturales; que el hombre nace libre, esto es, con el derecho a desarrollar libremente su actividad física, intelectual y moral y que todos los hombres tienen naturalmente la obligación de respetar el desenvolvimiento físico, intelectual y moral de cada uno de ellos, y de esta obligación se deriva el fundamento mismo del derecho [...] La Constitución de Colombia [refiriéndose a la Carta del 86] y todos nuestros Códigos se inspiran en esta doctrina". Tascón, Tulio Enrique. Derecho constitucional colombiano. Comentarios a la Constitución Nacional. Bogotá: Minerva, 1934, p. 352.

[10] Son variadas las sentencias de la Corte Constitucional en las que se evocan las teorías del profesor francés, verbigracia la Sentencia C- 006/93 en la que se estudia la demanda de inconstitucionalidad contra un artículo del anterior Código de Minas (Decreto 2655 de 1988), trae una copiosa cita del fallo de la Corte Suprema de Justicia de 10 marzo de 1938 con ponencia del doctor Juan Francisco Mújica, basada en la noción de propiedad utilidad social de Duguit. Asimismo en la Sentencia T – 427 de 1998, al revisar la Corte la acción de tutela promovida por una ciudadana contra la Asociación de Padres de Familia del Colegio Anglo Colombiano, propietaria de un predio anexo al mencionado colegio y respecto del cual la Asociación realizó un cerramiento, por considerar que el mismo se adelantó en un terreno que forma parte de su propiedad privada, la Corte, reivindicando el concepto de la función social, se refiere a las

Quizás la sentencia más significativa sobre la función social del dominio, en vigencia de la actual Constitución, es la C-595 de 1999,[11] pronunciamiento que declaró la inexequibilidad del término "arbitrariamente" contenido en el artículo 669 del Código Civil sobre propiedad. En la providencia señala la Corte cómo uno de los momentos más significativos en materia de dominio en el constitucionalismo colombiano es la reforma de 1936 en la que "prestó un servicio invaluable la teoría solidarista del jurista bordelés León Duguit, que sustituyó a la noción tradicional de 'derecho subjetivo' la de 'función social'". A lo largo del texto de la sentencia puede advertir el lector el análisis de la Corte de los postulados de Duguit para concluir, con fundamento en ellos, que el adverbio 'arbitrariamente' del artículo 669 del Código Civil, según el cual, el propietario puede ejercer las prerrogativas implícitas en su derecho, arbitrariamente, es inconstitucional, toda vez que enfatiza una concepción marcadamente individualista de la propiedad. Así recurre la Corte a las teorías del profesor francés:

> Ahora bien: toda la teoría del derecho subjetivo se había construido, tradicionalmente, teniendo en mente el derecho tipo, paradigmático por excelencia, de contenido patrimonial: la propiedad. Analizado con criterio duguitiano, el derecho de dominio deviene función social, lo que significa que el propietario no es un sujeto privilegiado,

---

restricciones que el legislador le puede imponer al propietario en aras de la preservación de los intereses sociales. En providencia C – 474 de 2005, con ponencia de Humberto Sierra Porto, al estudiar la constitucionalidad del artículo 128 de la Ley 769 de 2002 (Código Nacional de Tránsito Terrestre), hace un recuento sobre la contribución decisiva de las teorías de Duguit en el establecimiento de la función social de la propiedad en el ordenamiento jurídico colombiano. Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado de época reciente al referirse a la función social de la propiedad continúa acudiendo al catedrático de Burdeos como referencia doctrinal obligatoria e inspiradora de la reforma de López Pumarejo de 1936. Pueden consultarse las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá: 7 de febrero de 2011, Radicación número: 08001-23-31-000-1993-07655-01(19597); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, 7 de febrero de 2011, Radicación número: 08001-23-31-000-1993-07655-01(19597); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, 26 de julio de 2011, Radicación número: 11001-03-26-000-1996-00011-1(16131); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, 18 de febrero de 2010, Radicación número: 11001-03-26-000-2007-00023-00(33934).

[11] Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

> como hasta el momento lo había sido, sino un funcionario, es decir alguien que debe administrar lo que posee en función de los intereses sociales (prevalentes respecto al suyo), posesión que sólo se garantiza, en la órbita individual, a condición de que los fines de beneficio colectivo se satisfagan.

Se observa cómo la configuración del derecho de propiedad contenida en el Acto Legislativo nº 01 de 1936 perdura hasta hoy día, sin embargo, la misma no está exenta de debates en el plano doctrinal. Para autores como Fabricio Mantilla y Mauricio Ternera[12] la discusión en torno al alcance de la "función social" del dominio sigue vigente y parece "que todavía no conoce fin", y se ha exacerbado, a tal punto, que en ocasiones las limitaciones al dominio han terminado desdibujando el derecho real. Para los autores, la expresión función social se ha tornado demasiado amplia, las restricciones que el legislador y el juez imponen al propietario en pro de los intereses sociales y la consideración por el juez, del dominio como un derecho relativo y no absoluto, han llevado a considerar una "metamorfosis" de este derecho real, en la medida en que en ocasiones se limitan de tal forma los atributos de la propiedad (*ius utendi, ius fruendi, ius disponendi*) que terminan confundiéndose los conceptos de dominio con otros derechos reales de menor entidad en cuanto a prerrogativas para su titular. Es el caso del artículo 13 de la ley 2 de 1959 disposición que establece que en aquellas áreas que sean declaradas "Parques Nacionales Naturales" por el gobierno nacional, quedarán sometidas a restricciones tales como "la adjudicación de baldíos, *las ventas de tierras, la caza, la pesca y toda actividad industrial, ganadera o agrícola, distinta a la del turismo o a aquellas que el Gobierno Nacional considere convenientes para la conservación o embellecimiento de la zona*" (Resaltado fuera de texto).

De acuerdo con ello, el propietario de un bien que sea declarado parque nacional natural ve su condición de dueño tan menoscabada que más que de un propietario nos encontraríamos frente a un mero usuario o habitacionario. De allí la pregunta obligada: ¿podemos denominar esto 'propiedad'? ¿O, más bien 'pseudo propiedad'? ¿Un "propietario que no puede disponer de su bien

[12] Mantilla, Fabricio y Ternera, Francisco. "Propiedad" o "Pseudopropiedad", el cuchillo sin hoja al que le falta el mango. En: Controversias Constitucionales, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009, p. 387-413.

es un verdadero propietario? ¿Y si su goce se limita a la explotación turística? ¿Un cuchillo sin hoja sigue siendo un cuchillo? ¿Y un cuchillo sin mango? ¿Y si se trata más bien, del famoso cuchillo sin hoja al que le falta el mango?"[13]

El otro gran tema expuesto por Duguit, la teoría de los servicios públicos, también continúa siendo objeto de pronunciamientos jurisprudenciales pero, a diferencia del dominio función social que sigue ocupando una posición privilegiada como sustento de decisiones judiciales, la teoría de los servicios públicos asimilada a "función pública", concebida así por Duguit, es referenciada para señalar que la misma ha sido completamente superada a partir de la Constitución de 1991:

> *El modelo constitucional económico de la Carta Política de 1991 está fundado en la superación de la noción 'francesa' de servicio público, conforme a la cual éste era asimilable a una función pública, para avanzar hacia una concepción económica según la cual su prestación está sometida a las leyes de un mercado fuertemente intervenido*; así se deduce del artículo 365 constitucional [...]. Nótese que la norma es clara en señalar que el Estado debe asegurar la prestación (no prestar forzosamente) al tiempo que permite la concurrencia de Agentes (públicos, privados o mixtos) en su prestación (Resaltado fuera de texto).[14]

En términos similares el Consejo de Estado también indicó en otra ocasión:

> Las reformas legales del año 1994, en desarrollo del modelo económico constitucional previsto en el capítulo V del Título XII de la Carta de 1991, *comportaron la sustitución del viejo esquema de prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia —que, siguiendo muy de cerca las enseñanzas de la escuela realista de Burdeos liderada por el profesor DUGUIT, asimilaba la noción de servicio público a la de función pública* y que había entrado en crisis— por un modelo de mercado en competencia

[13] Ibid., p. 405.

[14] COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Tercera. Sentencia AP 020 de 2004, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido, COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 254 de 2005, C.P.: María Elena Giraldo Gómez y COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia número: 20001-23-31-000-1999-00764-01(21178), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

> que concentró en el Estado, en su condición de director general de la Economía, las atribuciones de regulación y control. Se trata, pues, de un "cambio de modelo de Estado" (Resaltado fuera de texto).[15]

De acuerdo con lo expuesto la noción de servicio público, concebido este como sinónimo de función pública, ha quedado pulverizada, desde el texto constitucional de 1991. En ese sentido, una materia es el ejercicio de las funciones públicas y otra la prestación de los servicios públicos. Estos últimos regulados en el marco de la Constitución Económica (Título XII), las primeras dentro del apartado de la Constitución dedicado a la organización del Estado (Título V a X). Otra disposición ratifica lo expresado, el numeral 23 del artículo 150 Superior, distingue las leyes que "regirán el ejercicio de las funciones públicas" de aquellas que se ocupan de la "prestación de los servicios públicos". Por último, es contundente la jurisprudencia cuando señala que

> [...] si bien los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 365 Superior, el mismo precepto indica que la función estatal estriba en asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (servicio universal) y *asegurar no significa prestar*. Es por ello que luego de señalar que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, el artículo 365 Constitucional establece que en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.[16]

Así las cosas, resultan claras la relevancia y el significado actual de las ideas de Duguit, sea para citarlas como una afirmación que no puede refutarse, la función social de la propiedad, o como una teoría desueta que hace ya más de veinte años el ordenamiento jurídico colombiano superó. Creemos que el

---

[15] Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia AP 1470 de 2005, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

[16] Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia número: 88001-23-31-000-2005-00004-01(AP), C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

mismo Duguit se habría sorprendido de la trayectoria de sus ideas en nuestro país y en los países latinoamericanos en general.[17]

[17] Resultan interesantes los debates y estudios que aún hoy se presentan en torno a las teorías del profesor bordelés, verbigracia hace poco más de dos años en la Universidad de Buenos Aires en Argentina se llevaron a cabo unas conferencias sobre la presencia de sus ideas, con ocasión del centenario de su visita a dicha casa de estudios (1911). También los recientes (2011) estudios sobre la influencia en Chile de su teoría del dominio con función social ha realizado el estadounidense Mathew Mirrow, bajo el título *Orígenes de la función social de la propiedad en Chile*, que puede seguirse en el enlace http://ssrn.com/abstract=2307102

Bibliografía

Acosta Borrero, Pedro. López Pumarejo. En marcha hacia su revolución. Bogotá: Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2003.

Amador Cabra, Luis Eduardo. Los servicios públicos frente a las reformas económicas en Colombia. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2011.

Barreto Moreno, Antonio Alejandro. La teoría del servicio público y su aplicación real en materia de acueducto durante la década de los treinta. En: Opinión Jurídica, julio-diciembre, 2011, vol. 10, nº 20, p. 65-84.

Cámara de Representantes y el Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta. Derecho Constitucional Colombiano siglo xix. t. I y II, Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 1998.

Castro Urrego, Cristian Darío. Las ideas políticas y el pensamiento administrativo en la historia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

Cataño, Gonzalo. Luis E. Nieto Arteta: del derecho penal al derecho civil. En: Ideas y Valores, Universidad Nacional de Colombia, agosto, 1991.

Chevallier, Jean Jacques. Las grandes obras políticas desde Maquiavelo hasta nuestros días. Bogotá: Temis, 2011.

Colombia. Ministerio de Justicia y del Derecho, Unidad de Investigaciones jurídico sociales –unijus–. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 1997.

Duguit, León. El pragmatismo jurídico. Madrid: Francisco Beltrán, 1924.

Duguit, León. Las transformaciones del derecho (Público y privado). tr. Adolfo Posada y Ramón Jaén. Buenos Aires: Heliasta.

Duguit, León. Las transformaciones del derecho público, traducción con estudio preliminar de Adolfo Posada y Ramón Jaén. Madrid: Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera.

Duguit, León. Lecciones de derecho público general, Madrid: Marcial Pons, 2011.

Duguit, León. Manual de derecho constitucional. Madrid: Francisco Beltrán, 1926.

Duguit, León. Manual de derecho constitucional. Granada: Comares, 2005.

Duguit, León. Soberanía y libertad. tr José G. Acuña, Francisco Beltrán. Madrid: Librería Española y extranjera, 1924.

Forero N., Juan Francisco. Crítica del Derecho Constitucional (Exposición sistemática del Derecho Constitucional de León Duguit). Bogotá: Minerva, 1935.

Gnecco Mozo, José. La reforma constitucional de 1936. Bogotá: abc, 1938.

González, Florentino. Escritos políticos, jurídicos y económicos, Bogotá: Biblioteca Básica de Cultura, 1981.

Hernández Becerra, Augusto. Las ideas políticas en la historia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

Hinestrosa, Fernando. 60 años de la reforma constitucional de 1936. En: Revista Derecho del Estado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, nº 1.

Ibáñez Najar, Jorge Enrique. Estudios de derecho constitucional y administrativo. Bogotá: Legis, 2009.

Jaramillo, Samuel. Ciento veinte años de servicios públicos en Colombia. Bogotá: cinep, 1995.

Loewenstein, Karl. Teoría de la Constitución. Barcelona: Ediciones Ariel, 1965.

López, Alejandro. *Idearium* liberal, Medellín: Marín Vieco, 1997.

López Medina, Diego. Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Legis, 2012.

Lucas Verdú, Pablo. Estado de derecho y justicia constitucional. Aspectos históricos, ideológicos y normativo-institucionales de su interrelación. En: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), mayo-junio, 1983, nº 33.

Malagón Pinzón, Miguel y Gaitán Bohórquez, Julio. Colonialismo cultural francés y la creación del Consejo de Estado en el derecho administrativo colombiano. En: Vniversitas. Bogotá, enero – junio, 2008. nº 115.

Malagón Pinzón, Miguel. Vivir en policía. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

Mantilla, Fabricio y Ternera, Francisco. "Propiedad" o "Pseudopropiedad" el cuchillo sin hoja al que le falta el mango. En: Controversias Constitucionales, Bogotá: Universidad del Rosario, 2009, p. 387-413.

Mayor Mora, Alberto. Técnica y utopía. Biografía intelectual y política de Alejandro López, 1876-1940. Medellín: Fondo Editorial Universidad Eafit, 2007.

Mayorga, Fernando. Carlos Lozano y Lozano. Obra escogida. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

Melo González, Jorge Orlando. Progreso social y reorganización del Estado. En: Revista Credencial Historia, enero, 1991, edición 13.

Molina, Gerardo. Las ideas liberales en Colombia, 1915- 1934. t. II, Bogotá: Tercer Mundo, 1974.

Molina, Gerardo. Las ideas liberales en Colombia. De 1935 a la iniciación del Frente Nacional. Bogotá: Tercer Mundo, 1978.

Morales Benítez Otto. Origen, programas y tesis del liberalismo. Bogotá: Biblioteca del Liberalismo, 1998.

Montaña Plata, Alberto. El concepto de servicio público en el derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

Naranjo López, Marco. Las teorías de León Duguit. En: Revista Jurídica, Órgano de la Sociedad Jurídica de la Universidad Nacional, año xix, p. 157-166.

Naranjo Mesa, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas. 11ª ed. Bogotá: Temis, 2010.

Pareja, Carlos H. Derecho administrativo teórico y práctico. Bogotá: abc, 1937.

Restrepo Piedrahíta, Carlos. Constituciones políticas nacionales de Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

Restrepo Piedrahíta, Carlos. Momentos constitucionales de Colombia. t. I y II, Bogotá: Banco Cafetero – Fondo Cultural Cafetero, 1991.

Rodríguez, Libardo. Estructura del poder público en Colombia. Bogotá: Temis, 2012.

Rojas, Armando. La batalla de Bentham en Colombia. En: Revista de Historia de América, junio, 1950, nº 29.

Sabine, George. Historia de la teoría política. México: Fondo de Cultura Económica, 2003.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del derecho en las bases del concepto de servicio público. En: Revista digital de derecho administrativo, primer semestre, 2011, nº 5.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Los servicios públicos: Vicisitudes y fundamentos de un tema jurídico inconcluso e impreciso. En: El derecho público a comienzos del Siglo xxi. Estudios en homenaje al Profesor Allan Brewer Carías, t. II, p. 1881-1956.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. t. I, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

Tascón, Tulio Enrique. Derecho constitucional colombiano. Comentarios a la Constitución Nacional. Bogotá: Minerva, 1934.

Tascón, Tulio Enrique. Historia del derecho constitucional colombiano. Bogotá: Minerva, 1953.

Tirado Mejía, Álvaro. Aspectos políticos del primer gobierno de Alfonso López Pumarejo 1934-1938. Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura – Procultura, 1981.

Tirado Mejía, Álvaro. La economía y lo social en la Reforma Constitucional de 1936. En: Estado y economía. 50 años de la reforma del 36. Bogotá: Contraloría General de la República, 1986.

Valencia Villa, Hernando. Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano. Bogotá: Panamericana, 2010.

Valencia Villa, Jesús. El Estado social de derecho en Colombia. En: Estado y economía. 50 años de la reforma del 36. Bogotá: Contraloría General de la República, 1986.

Velásquez Toro, Magdala y Tirado Mejía, Álvaro. La reforma constitucional de 1936. Bogotá: Cámara de Representantes, 1986.

Velásquez Toro, Luis Guillermo. ¿Tienen futuro las empresas públicas en la provisión de los servicios públicos? En: Ensayos de economía, Universidad Nacional de Medellín, Vol. 4, núm. 6, 1993.

Vélez Álvarez, Luis Guillermo. Diez años de regulación de servicios públicos domiciliarios. Lo bueno, lo malo y lo feo de un modelo mestizo. En: Lecturas de Economía, enero – junio, 2006, nº 64.

Vidal Perdomo, Jaime. Historia de la Reforma Constitucional de 1968 y sus alcances jurídicos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1970.

Villar Borda, Luis. Estado de derecho y Estado social de derecho. En: Revista Derecho del Estado, diciembre, 2007, nº 20.

Este libro fue compuesto en caracteres Adobe Caslon Pro
11,5 puntos, impreso sobre papel propal de 70 gramos
y encuadernado con método *hot melt*, en agosto de 2015,
en Bogotá, D. C., Colombia.
Xpress. Estudio Gráfico y Digital S.A.